Das Aussonderungsrecht

(mit Ausschluß des Verfolgungsrechts).

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Hohen Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Felix Sieburg

Referendar am Königl. Landgericht I Berlin.

R N B

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1906.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. **Fischer.**
Korreferent: Professor Dr. **Gretener.**

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Beckh, Die Beweislast nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

v. Buchka, Die sogenannte praesumtio Muciana und der § 37 der Konkursordnung. Meckl. Zschr. für Rechtspflege und Rechtswissenschaft Bd. 14 S. 72 ff.

Endemann, Das deutsche Konkursverfahren

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 6. Aufl. 1904.

Fitting, Das Reichskonkursrecht und Konkursverfahren. 3. Aufl. 1904.

Fuchs, Der deutsche Konkursprozeß.

Hedemann, Die Vermutung nach dem Rechte des Deutschen Reiches.

Hellwig, Über Erweiterung des Eigentumsschutzes durch persönliche Ansprüche, mit besonderer Beziehung auf § 38 der RKO. Arch. f. ziv. Prax. Bd. 68 S. 217 ff.

Jäger, Kommentar zur Konkursordnung. 2. Aufl. 1903/4.

Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts.

Mandry-Geib, Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. 4. Aufl. 1898.

Materialien zur Konkursordnung, herausgegeben von Hahn.

Motive zum Entwurfe des BGB.

Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe. I. Die Gläubiger.

Oetker, Das Verfolgungsrecht.

Oetker, Konkursrechtliche Probleme und neuere Konkursliteratur. Zeitschr. f. deutschen Zivilprozeß Bd. 25 S. 1 ff.

Petersen-Kleinfeller, Konkursordnung für das Deutsche Reich. 4. Aufl. 1900.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Familienrecht.

Salamonski, Das Vorbehaltsgut der Ehefrau beim gesetzlichen Güterstande des BGB. Rostocker Dissertation 1901.

Sarwey-Bossert, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich. 4. Aufl. 1901.

Schmidt-Habicht, Familienrecht, Kommentar zum BGB. von Hölder usw.

Schroeder, Das eheliche Güterrecht. 3. Aufl. 1900.

Schultze, Das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen.

Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht.

Stieglitz, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich.

Sydow-Busch, Konkursordnung. 9. Aufl. 1902.

v. Völderndorff, Konkursordnung. 2. Aufl. 1887.

v. Wilmowski, Deutsche Reichskonkursordnung, fortgesetzt von K. u. A. Kurlbaum und Kühne. 6. Aufl. 1902—04.

Wolff, Konkursordnung.

Wolff, Die Massegläubiger im Konkurse. Zeitschr. für deutschen Zivilprozeß Bd. 22 S. 207 ff.

Die Abkürzungen entsprechen den „Vorschlägen des Deutschen Juristentags für die Art der Anführung von Rechtsquellen, Entscheidungen und wissenschaftlichen Werken" (Berlin 1906. Guttentagsche Verlagsbuchhandlung).

§ 1.

Begriff der Aussonderung.

Die Konkursmasse besteht aus dem gesamten Vermögen des Gemeinschuldners zur Zeit der Konkurseröffnung, soweit es der Zwangsvollstreckung unterliegt (§ 1 KO.). Daraus folgt: nicht zur Masse gehören — abgesehen von dem, was der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung erwirbt — 1. die Vermögensstücke des Gemeinschuldners, die der Zwangsvollstreckung nicht unterliegen; 2. die bei dem Gemeinschuldner befindlichen Gegenstände, welche ihm nicht gehören. Sind Gegenstände einer dieser Arten irrtümlich in die Masse gekommen, so müssen sie wieder ausgeschieden und dem Gemeinschuldner in das konkursfreie Vermögen (zu 1) oder dem Berechtigten (zu 2) zurückgegeben werden. Diese Ausscheidung massefremder Gegenstände ist Aussonderung im weiteren Sinne. Das Gesetz dagegen (§ 43 KO.) zieht die Grenze enger.[1]) Nach der Konkursordnung ist unter Aussonderung nur die zu 2 genannte Art zu verstehen, bedeutet also nur die Ausscheidung der dem Gemeinschuldner nicht gehörenden Gegenstände. Diese Ausscheidung kann vom Konkursverwalter allein nach seinem pflichtgemäßen Ermessen[2]) oder auf Betreiben der Aussonderungsberechtigten vorgenommen werden. Aussonderung ist also die vom Konkursverwalter freiwillig oder auf Veranlassung der Berechtigten bewirkte Herausgabe in der Masse befindlicher, aber nicht zur Masse gehöriger Gegenstände an die Berechtigten.

---

[1]) Endemann S. 340; Völderndorff § 35 b I; Oetker, Verfolgungsrecht S. 88; Mot. S. 154, 158; a. M. Oetker, Zeitschr. 25 S. 16.

[2]) Eine Verpflichtung dazu ist vorhanden, wenn der Konkursverwalter nach § 117 KO. Gegenstände zur Masse gezogen hat, die nach klarer Rechtslage (§§ 1, 43) nicht dorthin gehören.

Anders Oetker[1]): „Aussonderung seitens des Konkursverwalters ist Ausübung der rechtlichen Macht, den § 1 KO. nach (zeitlich oder nur logisch vorangehender) Anerkennung eines wirklich vorhandenen oder nur irrigerweise supponierten Aussonderungsanspruchs oder richterlicher Feststellung eines solchen Anspruchs durch Besitzaufgabe für den Konkurs authentisch zu interpretieren.“ Zu dieser Begriffsbestimmung kommt Oetker auf folgendem Wege. Die tatsächliche Masse (Istmasse) stimmt häufig nicht überein mit der vom Gesetz gewollten (Sollmasse). Es kommt vor, daß die Istmasse geringer, wenn der Verwalter nicht das ganze der Vollstreckung unterliegende Vermögen zur Masse zieht, oder größer ist als die Sollmasse, wenn massefremde Gegenstände herangezogen werden. Interveniert im letzteren Falle der Berechtigte nicht und sondert aus oder gibt der Konkursverwalter auf Grund irrig angenommenen Aussonderungsrechts einen Gegenstand frei, so weicht die Istmasse von der Sollmasse ab und diese Abweichung ist durch die Tätigkeit des Verwalters herbeigeführt. Nach seinem Tun und Willen richtet sich daher der Umfang der Masse. Daraus folgt, daß er den § 1 KO. für jeden einzelnen Fall authentisch interpretiert; seine Tätigkeit ist nicht eine bloß den Willen des Gesetzes ausführende, sondern auch rechtssetzende. Er erläßt leges concursus und schafft damit neues Recht.

Zweifellos ist, daß Ist- und Sollmasse Unterschiede zeigen können. Richtig auch, daß dies auf die Tätigkeit des Konkursverwalters zurückzuführen ist; denn dadurch, daß er infolge falscher Beurteilung der Rechtslage Gegenstände zur Masse zieht oder aus ihr ausscheidet, entstehen die Differenzen zwischen Ist- und Sollmasse. Aber unrichtig ist es, hierin einen rechtschaffenden Akt des Konkursverwalters zu erblicken. Wenn gegenüber dem unrechtmäßigen Vorgehen des Konkursverwalters der Berechtigte, den es angeht, also der Gemeinschuldner oder ein Dritter, nichts tut, um die Gefahr zu beseitigen, so sind das Verbleiben des Gegenstands in der Masse und eine Veräußerung, die dem Berechtigten Verlust zufügt, Vorgänge rein tatsächlicher Natur[2]) und die Abweichung der Istmasse von der Sollmasse ist weniger auf die

[1]) Verfolgungsrecht S. 88ff., 95.

[2]) Seuffert S. 282 Anm. 4; Jäger § 1 Anm. 2; Wilmowski § 1 Anm. 2.

Tätigkeit des Verwalters als auf die Untätigkeit der Berechtigten zurückzuführen.

Auch ist nicht ersichtlich, worin eigentlich die rechtschaffende Tätigkeit des Verwalters bestehen soll; denn es ist unmöglich, daß der Verwalter durch seine Tätigkeit die Rechtslage verändert. Ob er Gegenstände zur Masse zieht, die massefremd sind, oder solche ausscheidet, die dazu gehören, immer bleibt die Rechtslage, wie sie war, das Recht des Berechtigten bleibt unberührt. Wäre Oetkers Behauptung richtig, so müßte man annehmen, daß durch die Tätigkeit des Verwalters neue Gegenstände der Masse zugeführt[1]) und an sich dazu gehörige ihr entrissen werden können; dies ist aber offenbar unrichtig. Gewiß können durch Veräußerung von Gegenständen, die fälschlich zur Masse gezogen sind, die bisher Berechtigten Rechtsverluste erleiden, aber dies ist nicht auf die Tätigkeit des Konkursverwalters, sondern auf die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts über gutgläubigen Eigentumserwerb zurückzuführen.

Die Definition Oetkers ist also abzulehnen.

§ 2.

Die einzelnen Bestandteile des Begriffs.

a) Herausgabe des Gegenstands.

Der Aussonderungsberechtigte kann verlangen, daß ihm der Gegenstand, den er in Anspruch nimmt, herausgegeben wird. Es genügt also nicht, daß der Verwalter ihm den Gegenstand zur Verfügung stellt, daß er erklärt, er nehme ihn nicht mehr für die Masse in Anspruch, sondern er ist zu einem positiven Tun, zur Herausgabe, verpflichtet.

Unrichtig ist daher die Behauptung Oetkers,[2]) der Verwalter sei nur verbunden, den Besitz für die Masse aufzugeben. Die Aussonderung stehe mit der Widerspruchsklage des § 771 ZPO. auf gleicher Stufe; wie dort nur Freigabe aus der unzulässigen Pfändung,

---

[1]) Seuffert S. 282 Anm. 4.

[2]) Verfolgungsrecht S. 87 ff., 113, 120, 128; Zeitschr. 25 S. 74.

so könne auch hier nur Freigabe aus der Masse d. h. Besitzaufgabe seitens des Verwalters verlangt werden, so daß der Gegenstand ins konkursfreie Gut des Gemeinschuldners gelange. Allerdings besitzen die Fälle des § 771 ZPO. und § 43 KO. Ähnlichkeit, aber gerade in dem hier maßgebenden Punkte nicht. Die Widerspruchsklage richtet sich gegen den pfändenden Gläubiger. Sollte es überhaupt zulässig sein, von diesem die Herausgabe der zu Unrecht gepfändeten Gegenstände zu verlangen? Dies muß schon bei der Widerspruchsklage aus dem Eigentum als zum mindesten zweifelhaft angesehen werden. Zu einer Bejahung kommt man nur dann,[1]) wenn man annimmt, daß der Gläubiger durch die Pfändung mittelbarer Besitzer wird, denn der Herausgabeanspruch (§ 985 BGB.) richtet sich auch gegen den mittelbaren Besitzer.[2]) Dagegen ist die oben gestellte Frage unzweifelhaft zu verneinen, wenn aus einem obligatorischen Verhältnisse geklagt wird, z. B. aus Leihe, Miete oder Verwahrung. Es ist klar, daß der Verleiher, Vermieter usw. von dem pfändenden Gläubiger nicht Rückgabe der betreffenden Sache verlangen kann, denn aus dem Leihe- oder Mietvertrag kann Rückgabe nur vom Gegenkontrahenten, nicht aber von einem Dritten, hier also dem Pfändungsgläubiger, begehrt werden. Nun ist man aber darüber einig, daß auf Grund des Eigentums sowohl als der oben genannten obligatorischen Verhältnisse die Widerspruchsklage angestrengt werden kann. Daraus folgt: es liegt im Wesen der Widerspruchsklage begründet, daß sie nicht, oder wenigstens nicht durchweg, auf Herausgabe gehen kann. Infolgedessen ist es ein Fehlschluß, wenn man, wie Oetker, sagt, weil die Widerspruchsklage auf Freigabe gehe, könne auch die Aussonderungsklage nur auf diese Wirkung gerichtet sein. Vielmehr ist zu untersuchen, ob diese Beschränkung auch im Wesen der Aussonderungsklage begründet liegt.

Zunächst kann vom Verwalter als unmittelbarem Besitzer[3]) (nach § 868 BGB.) die Herausgabe verlangt werden (§ 985

---

[1]) vgl. Gaupp-Stein § 8, IV und die in Anm. 56 Angeführten.

[2]) Fischer-Henle § 985 Anm. 2.

[3]) So die herrschende Meinung (Petersen-Kleinfeller § 117 Anm. 1; Jäger § 117 Anm. 5; Fitting § 37 Anm. 2); a. M. Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht I S. 54; Seuffert S. 283, die eigenen Besitz des Konkursverwalters bestreiten, weil er nur als Vertreter des Gemeinschuldners bezw. der

BGB.). Aber ebenso die Rückgabe aus obligatorischen Verträgen; denn der Verwalter nimmt eine ganz andere Stellung ein als der pfändende Gläubiger. Er vertritt, was mit seiner amtlichen Stellung (RG. Bd. 29 S. 29 ff.) wohl vereinbar ist, den Gemeinschuldner in seinen Rechten und Pflichten, da dieser mit der Konkurseröffnung die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis verliert (§ 6 KO.). Daher wird er auch bei obligatorischen Verträgen die Rückgabe an Stelle des Gemeinschuldners bewirken. Die Aussonderungsklage kann also entgegen der Widerspruchsklage auf Herausgabe gehen. Und daß sie dies nach der Konkursordnung auch soll, ergibt sich aus den Paragraphen, die von der Aussonderung handeln. Die Worte „zurückfordern“ (§ 44 KO.) „in Anspruch nehmen“ (§ 45 KO.), „die Abtretung . . . verlangen“ (§ 46 KO.) weisen deutlich darauf hin,[1] daß der Aussondernde berechtigt sein soll, die Herausgabe zu verlangen. Besonders überzeugend ist § 46 KO.: wäre Oetkers Ansicht richtig, so dürfte der Berechtigte gegen den Konkursverwalter nur mit dem Antrage klagen, anzuerkennen, daß die ausstehende Forderung nicht zur Masse gezogen werden dürfe; dagegen gewährt das Gesetz das Recht auf Abtretung. Auch die Motive[2]) sprechen stets von „Herausgabe“ und sagen einmal ausdrücklich: „wenn fremde Vermögensstücke . . . in Beschlag genommen sind, so müssen dieselben . . . an die Berechtigten herausgegeben werden.“

Oetker führt für seine Ansicht ferner noch an: durch die Aussonderung solle der Fehler, den der Verwalter mit der Besitzergreifung begangen habe, wieder gut gemacht werden; das könne nur geschehen durch die der Besitzergreifung entgegengesetzte Handlung, d. h. Besitzaufgabe. Das mag richtig sein, wenn der Verwalter selbst erkennt, daß ein Gegenstand massefremd ist, und freiwillig ihn dem Gemeinschuldner zurückgibt. Muß aber erst der Berechtigte eingreifen, so genügt dies nicht mehr.[3])

Gläubigerschaft besitze. Hier wird die Ansicht zugrunde gelegt, daß der Verwalter ein Amt habe (RG. Bd. 29 S. 29; Oetker, Grundbegriffe S. 112, 314; Sarwey § 6 Anm. 5).

[1]) Fitting § 22 Anm. 8.

[2]) Mot. S. 154 ff.

[3]) Auch ist zu beachten, daß in der Herausgabe die Besitzaufgabe jedenfalls enthalten ist.

Die Oetkersche Ansicht ist besonders wegen ihrer praktischen Konsequenzen abzulehnen; denn wäre sie richtig, so müßte der Konkursverwalter den Aussonderungsgegenstand dem Gemeinschuldner zurückgeben und der Berechtigte wäre gezwungen, eine zweite Klage auf Herausgabe gegen den Gemeinschuldner anzustrengen. Dabei wäre er nach wie vor der Gefahr ausgesetzt, den Gegenstand nicht zurückzuerhalten; denn dieser ist beim Gemeinschuldner nicht sicherer vor Veräußerung als in der Masse. Bei Oetkers Ansicht wäre folgender Fall möglich[1]): Der Eigentümer klagt auf Herausgabe, der Beklagte verfällt in Konkurs, der Prozeß wird unterbrochen. Nach der Aufnahme dringt der Eigentümer gegen den Verwalter durch. Aber welches ist der Erfolg? Der Gemeinschuldner erhält die Sache zurück. Ein solcher Zustand wäre unerträglich; auch liefe es allem Rechte zuwider, daß der Gemeinschuldner eine Sache, auf die er nach der Feststellung des ergangenen Urteils keinen Anspruch hat und die er vielleicht gar nicht will, erhält.

Der Aussonderungsanspruch geht also auf Herausgabe.[2]) Der Ausdruck „Herausgabe" ist allerdings nicht ganz genau, sondern nur gewählt worden, weil der typische Fall der Aussonderung die Herausgabe von Sachen ist. Worauf die Aussonderungsansprüche sonst gehen können, wird unten gezeigt werden.

§ 3.

b) Die Gegenstände der Aussonderung.

Der Ausdruck „Gegenstände" ist in § 43 KO. absichtlich gewählt worden,[3]) um dadurch Sachen und unkörperliche Vermögensstücke zusammenzufassen.

Unter den Sachen kommen Sachgesamtheiten und Einzelsachen in Betracht.

---

[1]) Jäger § 43 Anm. 34.

[2]) Jäger § 43 Anm. 34; Fitting § 22 Anm. 8; Petersen-Kleinfeller, Vorbem. z. Aussonderung.

[3]) Mot. S. 190.

a) Die Sachgesamtheit wird allerdings nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht als eine Einheit behandelt, sondern als eine Reihe von Einzelsachen. Diejenigen Sachgesamtheiten aber, bei denen ein Wechsel in den Einzelsachen stattfindet, ohne daß die Gesamtheit als solche durch das Ausscheiden einzelner der darunter begriffenen Sachen und das Eintreten neuer berührt wird, können Gegenstand von Rechtsgeschäften sein und sind daher als solche zur Aussonderung geeignet. Es fragt sich, ob die im allgemeinen für Sachgesamtheiten geltenden Grundsätze: pretium succedit in locum rei und res succedit in locum pretii im Konkurse unverändert bleiben. Das ist für den ersten Satz zu verneinen.[1]) Wenn von einem Warenlager ein Teil verkauft wird, ohne daß der Erlös zur Neuanschaffung von Waren verwendet wird, so kann nur das Lager in dem Zustande, in dem es sich zur Zeit der Konkurseröffnung befindet, ausgesondert werden, nicht aber der Verkaufserlös; für diesen kann nur eine Konkursforderung angemeldet werden. Sind dagegen aus dem Erlös ausscheidender Sachen neue angeschafft worden, so gehören diese mit zur Sachgesamtheit und können ausgesondert werden.[2]) Der zweite der angeführten Sätze finden also Anwendung.

b) Bei den Einzelsachen sind vertretbare und nicht vertretbare Sachen zu unterscheiden. Nur letztere werden im allgemeinen Gegenstand der Aussonderung sein. Vertretbare Sachen kommen dann in Betracht, wenn sie sich in bestimmter Menge unterscheidbar beim Gemeinschuldner befinden.[3]) Maßgebend ist immer die Eigentumslage: ist schon mit der Übergabe der vertretbaren Sache das Eigentum übergegangen, so gibt es keine Aussonderung; ist dagegen das Eigentum durch die Übergabe nicht übertragen, so kann an sich ausgesondert werden, es sei denn, daß der Gemeinschuldner inzwischen durch Vermischung Eigentümer geworden ist (947 BGB.). Sobald das Eigentum an Fungibilien übergegangen ist, besteht nur noch eine Konkursforderung.

c) Der Aussonderung unterliegen ferner unkörperliche Vermögensstücke. Zunächst die absoluten Rechte, ferner die dinglichen, denn diese können ihrer Dinglichkeit wegen nicht im Konkurse geltend gemacht

---

[1]) Völderndorff § 35 b II, 1.

[2]) vgl. das Beispiel bei Völderndorff § 35 a. a. O.

[3]) Endemann S. 341; Sarwey § 43 Anm. 1; Völderndorff § 35 b II, 2.

werden. Ob auch Forderungen der Aussonderung unterliegen, erscheint an sich zweifelhaft, weil dingliche Rechte im eigentlichen Sinne an Forderungen nicht möglich sind. Jedenfalls müßten immer solche Forderungen ausgesondert werden können, bei denen die Verwertung und Ausübung des Rechts vom Besitz einer Urkunde abhängt, denn hier ist die Forderung in der Urkunde verkörpert und deshalb als Sache zu behandeln.[1]) Aber es muß auch die Aussonderungsfähigkeit sämtlicher Forderungen bejaht werden. Denn wie aus den Protokollen hervorgeht,[2]) ist absichtlich, um Zweifel zu beseitigen, an Stelle des in § 22 preuß. KO. gebrauchten Wortes „Sache" der Ausdruck „Gegenstand" gesetzt worden.

Allerdings wird die Aussonderung von Forderungen nicht häufig vorkommen,[3]) weil infolge der Unkörperlichkeit der Forderung und ihrer stärkeren Verknüpfung mit einer bestimmten Person und wegen der weniger als bei den Sachen vorhandenen Möglichkeit der Abzweigung begrenzter Berechtigungen vom eigentlichen Rechte seltener ein Streit über die Person des Berechtigten entstehen wird. Praktisch wichtig wird die Aussonderung an Forderungen, wenn es zweifelhaft ist, ob dem Gemeinschuldner oder dem Aussondernden die Forderung zusteht, wie dies bei der Zession und bei der Stellvertretung vorkommen kann.[4]) Dagegen kann das Aussonderungsbegehren nicht dahin gehen, festzustellen, daß der Aussondernde nicht dem Gemeinschuldner, sondern einem Dritten etwas schuldig sei; denn der Kläger ist dann nicht aus einer Forderung berechtigt, sondern verpflichtet, und nur wer ein Recht an einer Forderung hat, kann aussondern.[5]) Im allgemeinen wird dies derjenige sein, dem die Forderung zusteht. Aber man wird auch den aus Pfandrecht und Nießbrauch Berechtigten die Aussonderung der Forderungen nicht versagen können; doch ist dies praktisch bedeutungslos (Näheres im § 11).

---

[1]) Endemann S. 341; Völderndorff § 35 b II. 3.

[2]) Prot. S. 28 ff., 127 ff., 163 ff.; vgl. O.Tr. in Striethorsts Arch. Bd. 74 S. 158.

[3]) Sarwey § 35 Anm. 2.

[4]) Völderndorff § 35b II, 3.

[5]) Petersen-Kleinfeller Vorbem. z. Aussonderung 1; Seufferts Arch. Bd. 53 S. 484; Endemann S. 342.

§ 4.

c) Herausgabe in der Masse befindlicher Gegenstände.

Der beanspruchte Gegenstand muß sich in der Masse befinden, d. h. der Konkursverwalter muß, wenn es sich um eine Sache handelt, diese im Besitz haben, wenn es sich um eine unkörperliches Vermögensstück handelt, dieses für die Masse in Anspruch nehmen.[1])

Demgegenüber behauptet Völderndorff,[2]) es gäbe Fälle, wo gegen den Konkursverwalter geklagt werden könne, obwohl er den Gegenstand der Aussonderung nicht in Händen habe. Zum Beweise führt er folgendes Beispiel an. Auf der Hypotheken- und Wechselbank dahier sind zur Bedeckung eines Lombardanlehens 100 Stück österreichische Kreditaktien deponiert; das Geschäft steht nominell auf den Gemeinschuldner und der Verwalter zieht daher die Kreditaktien (vorbehaltlich des Absonderungsrechts der Bank) zur Masse. Hiergegen tritt der Bruder des Gemeinschuldners auf, behauptend, diese Aktien seien sein Eigentum, er habe dieselben dem Gemeinschuldner nur behufs der Verpfändung überlassen, werde aber die Bankschuld übernehmen und beanspruche dagegen das Pfandobjekt. Hier gewährt Völderndorff Aussonderung und zwar sieht er darin einen Fall von Sachaussonderung, will allerdings zugeben, daß man auch an Aussonderung eines Rechts, nämlich der actio depositi, denken könne (S. 380 Anm. 33). Unserer Ansicht nach können die Aktien selbst keinesfalls, die actio depositi nur unter bestimmten, unten zu entwickelnden Voraussetzungen ausgesondert werden.

Bei Sachaussonderung auf Grund Eigentums geht der Antrag auf Herausgabe seitens des Konkursverwalters an den Berechtigten. Wäre Völderndorffs Ansicht richtig, so müßte in unserem Falle der Konkursverwalter zur Herausgabe verurteilt werden. Er ist aber völlig außerstande, diesem Urteil zu genügen, und die Zwangsvollstreckung wäre fruchtlos, denn es fehlt die notwendige Unterlage: der Verwalter müßte die Sache besitzen. Eine solche Sachaussonderung aber, bei der

---

[1]) Jäger § 43, 35; Wilmowski § 43 Anm. 3; Endemann S. 342; Petersen-Kleinfeller Vorbem. z. Aussonderung 5; Sarwey § 1, 2.

[2]) § 35 c.

von Anfang an feststeht, daß der Berechtigte durch Klage und Urteil nicht in den Besitz der Sache gelangen kann, ist unmöglich.

Bei der Frage der Aussonderung der actio depositi ist folgendes zu berücksichtigen. Der Verpfändungsvertrag ist zwischen dem Gemeinschuldner und der Bank geschlossen. Mögen auch die Aktien dem Bruder des Gemeinschuldners gehören, die Forderung aus dem Pfandvertrage steht jedenfalls diesem zu und gehört deshalb zur Masse. Welchen Einfluß hat nun das Erbieten des Eigentümers, die Bankschuld zu übernehmen? Im allgemeinen erlöschen durch die Schuldübernahme die Pfandrechte (§ 418 BGB.); damit würde dann in unserem Falle dem Gemeinschuldner bezw. dem Verwalter das Recht zustehen, die verpfändeten Wertpapiere, deren Rückgabe vorher von der Tilgung der Pfandschuld abhing, sogleich zurückzuverlangen. Diese Forderung auf sofortige Rückgabe kann, da sie auf den Namen des Gemeinschuldners steht, von dessen Bruder nicht ausgesondert werden. Bleibt aber das Pfandrecht aufrecht erhalten, weil der Übernehmer als Eigentümer der Fortdauer zustimmt [1] [2], so geht die Forderung auf Rückgabe der Pfandsache auf den Übernehmer über [3] und er kann diese Forderung, falls sie für die Masse in Anspruch genommen wird, aussondern. Der Fall ist also dahin zu entscheiden, daß die Wertpapiere selbst nie, der Anspruch auf Rückgabe nur dann ausgesondert werden kann, wenn der Eigentümer bei der Schuldübernahme der Fortdauer des Pfandrechts zustimmt. Wäre die Verpfändung widerrechtlich erfolgt, so könnte der Eigentümer bei Übernahme der Schuld stets den Anspruch auf Rückgabe aussondern.

Neben dieser Aussonderung ist aber noch eine andere Art möglich, die nicht davon abhängt, daß der Eigentümer die Pfandschuld übernimmt. Will nämlich der Eigentümer verhindern, daß der Konkursverwalter die Aktien zur Masse zieht, so kann er gegen diesen auf

---

[1]) Diese Zustimmung wird im Zweifel in der Übernahme der Schuld durch den Eigentümer liegen; Fischer-Henle § 418 Anm. 4.

[2]) Die Zustimmung des Eigentümers ist erforderlich und genügend, weil das Gesetz nur diese verlangt; dagegen ist die des Gemeinschuldners entbehrlich, obwohl er das Recht hat, die Sache im eigenen Namen zu verpfänden.

[3]) Mit der Zustimmung erlischt der Pfandvertrag zwischen Gemeinschuldner und Gläubiger und es tritt der Vertrag zwischen Eigentümer und Gläubiger an seine Stelle.

Grund seines Eigentums mit der Eigentumsstörungsklage (§ 1004 BGB.) vorgehen; denn dadurch, daß der Verwalter die Aktien zur Masse zieht, nimmt er sie für den Gemeinschuldner in Anspruch und stört das Eigentum des Berechtigten, da er zwar zur Verpfändung, nicht aber zur Veräußerung berechtigt ist.

Dieselbe Ansicht wie Völderndorff hat in einer, jedoch vereinzelt dastehenden Entscheidung auch das Reichsgericht vertreten.[1]) Es handelt sich in dem zur Entscheidung gebrachten Fall um widerrechtlich verpfändete Wertpapiere; das Reichsgericht gestattet die Aussonderung der Papiere mit der Begründung, daß die Ablösung des Pfandrechts ein Teil der Herausgabepflicht sei. Dies ist aber, wie das Reichsgericht selbst in einer Reihe anderer Entscheidungen ausgeführt hat, nicht richtig.[2]) Voraussetzung jeder Aussonderung ist, daß sich der Gegenstand in der Konkursmasse befindet, denn sonst kann die Herausgabe aus der Masse, wie sie § 43 KO. fordert, nicht bewerkstelligt werden. Müßte sich der Verwalter den Besitz des Gegenstands durch Beseitigung des Pfandrechts verschaffen, so würde er damit eine Aussonderungspflicht erst begründen, nicht aber einer vorhandenen genügen. Wollte man für die Masse die Pflicht aufstellen, Pfandrechte abzulösen, so könnte man nicht umhin, dies auch für Zurückbehaltungs- und ähnliche Rechte zuzugestehen, und man würde dadurch einen ganz anders gearteten, viel weiter reichenden Aussonderungsbegriff gewinnen.

Der auszusondernde Gegenstand muß sich also in der Masse befinden.

§ 5.

d) Herausgabe nicht zur Masse gehöriger Gegenstände.

Der Gegenstand darf nicht dem Gemeinschuldner gehören. Bedeutet hier „gehören" dasselbe wie „im Eigentum stehen", oder kommt es darauf an, ob der Gemeinschuldner berechtigt ist, frei in seinem Interesse über den Gegenstand zu verfügen, d. h. ob der Gegenstand wirtschaftlich zum Vermögen des Gemeinschuldners gehört? Nach der

---

[1]) JurW. 1896, 4 Nr. 15; im Anschluß daran Sydow-Busch, Vorbem. z. Aussonderung Abs. 5.

[2]) RG. Bd. 2, 268; Seufferts Arch. 50 S. 482; JurW. 1898 S. 160 Nr. 24.

Beantwortung dieser Frage richtet sich die Entscheidung über die Aussonderung der dem Gemeinschuldner fiduziarisch übertragenen Gegenstände. Die Zulässigkeit dieser Aussonderung ist äußerst bestritten, doch tritt die Mehrzahl dafür ein, insbesondere in ständiger Rechtssprechung das Reichsgericht.[1])

In Betracht kommen die Fälle, wo ein Gegenstand zur Sicherung, zur Einziehung, zur Erleichterung der Verwaltung usw. übereignet ist.[2]) Es liegt hier ein ernstlich gemeintes Rechtsgeschäft vor, aber die Wirkung geht über das, was die Parteien bezwecken, hinaus. Daher ist notwendig, daß die Parteien die Wirkung der Eigentumsübertragung tatsächlich in ihren Willen geschlossen haben. Ging ihre Absicht nicht dahin, sondern wurde das Geschäft nur zum Schein vorgenommen, so ist die Eigentumsübertragung nichtig. Das Eigentum ist beim Veräußerer geblieben, dieser kann also ohne weiteres aussondern. War nur eine Verpfändung beabsichtigt, dann ist ein Pfandrecht begründet, wenn anzunehmen ist, daß die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit der Eigentumsübertragung wenigstens die Verpfändung gewollt und in einer nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch zulässigen Art (§ 1205, 6) Besitz übertragen haben.[3]) Hier hat der Pfandbesteller ein Aussonderungsrecht, kann aber Herausgabe nur gegen Ablösung der Pfandschuld verlangen.

Ist die Eigentumsübertragung ernstlich, so ist nunmehr der Gemeinschuldner Eigentümer geworden, und zwar Dritten wie dem Geber gegenüber. Die Behauptung,[4]) es sei im Innenverhältnis das Eigentum nicht übergegangen, sondern stehe dem früheren Eigentümer zu, ist unseres Ermessens unrichtig,[5]) weil eine solche Eigentumsübertragung

---

[1]) Jäger § 43 Anm. 17; Wilmowski § 43 Anm. 5; Fitting § 22 Anm. 35; Kohler § 35; Mot. S. 159 ff.; Petersen-Kleinfeller 43,9; Sarwey S. 203; Endemann S. 345; Stieglitz § 35 VI; Völderndorff § 35b 4; Rintelen S. 119; Wienstein in DJZ. 1905 S. 834; RG. Bd. 19 S. 59 ff., Bd. 24 S. 45 ff., Bd. 45 S. 80 ff., Bd. 46 S. 166, Bd. 59 S. 146; a. M. Seuffert S. 93 Anm. 10; Hellwig, Zivilprozeß I § 33, 13; Lang, Arch. f. ziv. Prax. 83 S. 336 ff.

[2]) Beispiel bei Jäger § 43 Anm. 23; RG. 45 S. 80.

[3]) Über die Auslegung der zur Sicherung geschlossenen Geschäfte vgl. Petersen-Kleinfeller § 43 Anm. 2.

[4]) Jäger § 43 Anm. 18.

[5]) vgl. RG. 45 S. 82.

nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch unmöglich ist. Die Gegenansicht wird auf die Analogie des hier zur Beurteilung stehenden Rechtsverhältnisses mit §§ 135, 136 BGB. gestützt. Wie dort die Veräußerung gewissen Personen gegenüber unwirksam, allen anderen gegenüber vollwirksam, so sei auch hier dem Ersteigentümer gegenüber die Eigentumsübertragung unwirksam und er könne die Sache aussondern. Eine Ähnlichkeit mit §§ 135, 136 liegt deshalb nicht vor, weil dort die Unwirksamkeit von Dritten, die am Veräußerungsvertrage nicht beteiligt sind, geltend gemacht wird, hier aber von einer der Parteien selbst. Der Ersteigentümer kann sich nicht auf die Unwirksamkeit der Übertragung berufen, da er selbst das Eigentum übertragen wollte und die Ernstlichkeit der Absicht festgestellt ist. Die Vorschriften der §§ 135, 136 dienen zum Schutz von Dritten gegen Veräußerungen, die ohne ihren Willen vorgenommen sind, hier aber hat der Eigentümer mit seinem Willen den Gegenstand aus der Hand gegeben.

Daher ist eine analoge Anwendung der §§ 135, 136 verfehlt, der Fiduziar ist Eigentümer geworden. Aber er steht diesem ihm gehörigen Gegenstande anders gegenüber als den sonst in seinem Eigentum stehenden. Denn während er hier frei in der Verfügung und nur sein Wille maßgebend ist, steht er bei fiduziarisch übertragenen Gegenständen unter dem Einfluß des Gebers. Tritt dies auch gegenüber Dritten nicht hervor, so ist es doch für das Innenverhältnis maßgebend und zeigt sich hier darin, daß er in der Verfügung über den Gegenstand von dem Willen des Gebers abhängig ist und ihm für jede Verletzung dieser aus dem Vertrage sich ergebenden Pflicht haftet. Der Fiduziar soll eben den Gegenstand als einen fremden betrachten. Von einem solchen Gegenstand aber kann man nicht sagen, daß er zum Vermögen des Gemeinschuldners gehört, zum Begriff des Vermögensbestandteils gehört das Recht der freien Verfügung.[1]) Wenn z. B. ein Wechselgläubiger, der einen anderen mit der Einziehung der Wechselsumme beauftragt und ihm dazu den Wechsel, statt das wenig übliche Prokuraindossament zu gebrauchen, mit gewöhnlichem Indossament giriert, so werden die Parteien nicht daran denken, dem Beauftragten freie Verfügung zu gewähren. Ebensowenig in dem vom

---

[1]) RG. 45, 83.

Reichsgericht entschiedenen Falle,[1]) wenn dem Gemeinschuldner als Bevollmächtigten der Erben Grundstücke zur Erleichterung der Veräußerung aufgelassen sind. Konnte aber der Gemeinschuldner nur nach den Weisungen und im Interesse des Geschäftsherrn verfügen, so können den Gläubigern nicht weitergehende Rechte zustehen und sie sind an die Beschränkungen gebunden, denen der Gemeinschuldner unterlag.

Diese Auffassung von der Wirkung der fiducia liegt auch dem Gesetze zugrunde, wie sich aus Motiven und Protokollen ergibt. Die preuß. KO. enthielt in § 24 folgende Bestimmung: „Wechsel, Handelspapiere und andere Urkunden über Forderungen, welche dem Gemeinschuldner nur behufs der Realisierung oder mit der ausdrücklichen Bestimmung übermacht worden sind, daß sie zur Deckung gewisser, bei der Übermachung bezeichneter künftiger Zahlungen dienen sollen, können zurückgefordert werden, wenn sie zur Zeit der Konkurseröffnung noch unbezahlt bei dem Gemeinschuldner oder bei dem Dritten vorhanden sind, welcher sie für den Gemeinschuldner besitzt.“ Es wurde in der Kommission beantragt, eine ähnliche Bestimmung in die Reichskonkursordnung aufzunehmen. Nach langer Debatte wurde dieser Antrag allerdings abgelehnt,[2]) gleichzeitig aber zu Protokoll „als die übereinstimmende Auffassung der Kommission und der Regierungsvertreter“ festgestellt: „durch § 35 des Entw. soll nicht ausgeschlossen sein die Zurückforderung von Wechseln und anderen durch Indossament übertragenen Urkunden aus der Konkursmasse, sofern sie dem Gemeinschuldner nur behufs der Einziehung oder mit der Bestimmung übertragen worden sind, daß sie nur zur Sicherstellung des Gemeinschuldners dienen sollen, obwohl das Indossament den Zusatz ‚zur Einziehung‘, ‚zur Sicherung‘ oder eine ähnliche beschränkende Klausel nicht enthält.“ In der Beratung war auch hervorgehoben worden, daß eine besondere Bestimmung für Wechsel und andere indossable Papiere unangebracht sei, weil der darin enthaltene Grundsatz nicht nur für diese Papiere, sondern für alle Arten von Gegenständen gelte.[3]) In der zweiten Plenarberatung[4]) hat der Berichterstatter diesen Beschluß erwähnt und hinzugefügt, daß damit die Gefahr eines Konflikts zwischen der Recht-

[1]) RG. Bd. 45, 80 ff.

[2]) vgl. Prot. S. 28 ff., 127 ff., 163 ff., 172.

[3]) vgl. auch Mot. S. 160.

[4]) Stenogr. Ber. v. 1876 I S. 570.

sprechung und der Absicht des Gesetzes beseitigt sein werde. Daraus ergibt sich, daß bei allen Arten fiduziarischer Eigentumsübertragung das Eigentum des Gemeinschuldners der Aussonderung nicht entgegenstehen sollte.

„Gehören" im Sinne des § 43 KO. bedeutet also „frei über den Gegenstand im eigenen Interesse verfügen dürfen"; danach ist jeder fiduziarisch übertragene Gegenstand als dem Gemeinschuldner nichtgehörig anzusehen und zurückzuübereignen, sobald ein Anspruch auf Rückübereignung vorhanden ist. Die Fälligkeit dieses Anspruchs ist natürlich Voraussetzung der Aussonderung, sie wird sich stets aus dem pactum fiduciae ergeben und persönlicher Natur sein. Bei der Eigentumsübertragung zwecks Sicherstellung ist der Gemeinschuldner zur Rückgabe verpflichtet, wenn die gesicherte Forderung erfüllt oder Erfüllung angeboten ist. War eine Forderung zur Einziehung übertragen, so erlischt der Auftrag zur Einziehung (§ 23 KO.), wenn die Forderung sich noch in der Masse befindet, also noch nicht eingezogen ist, mit der Konkurseröffnung und die Forderung ist herauszugeben. Auch in den anderen Fällen der fiducia wird sich aus Auftrag, Dienstvertrag oder ähnlichem Verhältnis ein Rückgabeanspruch ergeben.

Von einem anderen Gesichtspunkte aus, als dem eben besprochenen definiert Jäger[1]) den Begriff „gehörig". Nach seiner Meinung bedeutet „nichtgehörend" „dem Gemeinschuldner nicht gebührend, weil er zu unmittelbarer Herausgabe verpflichtet ist".[2]) Zum Beweise führt er folgendes Beispiel an: A vermietet dem B eine Sache auf ein Jahr, B leiht sie dem C auf einen Monat; darauf überträgt A dem C das Eigentum. Nach Jägers Ansicht kann B die Sache im Konkurse des C aussondern. Es wäre der Konkursverwalter doch auch, wenn C als Eigentümer die Sache vermietet und vorübergehend zurückgeliehen hätte, nach § 21 KO. gebunden und B könnte aussondern. Diese Entscheidung Jägers, der es an einem eingehenden Beweise fehlt, ist nicht richtig. Auch wenn C, worauf Jäger sich beruft, die Sache vermietet und zurückgeliehen hätte, würde B, der Verleiher, kein Recht haben, den Gegenstand auszusondern.[3]) Die Sache gehört dem Gemeinschuldner und infolgedessen zur Masse. Ansprüche aus der Leihe können

---

[1]) § 43 Anm. 3.

[2]) Anscheinend auch Endemann S. 343.

[3]) vgl. Petersen-Kleinfeller § 43 Anm. 3.

immer nur Konkursforderungen ergeben. Auch aus dem Mietvertrag läßt sich die Aussonderung nicht begründen. Allerdings gilt beim Mietvertrag für den Fall, daß der Gemeinschuldner als Vermieter den Mietgegenstand dem Mieter bereits bei Konkurseröffnung überlassen hatte, die besondere Bestimmung, daß der Vertrag durch die Konkurseröffnung weder aufgehoben noch sein Bestand von einem Wahlrecht des Verwalters abhängig gemacht wird, vielmehr ist dieser nach § 21 KO. an den Vertrag gebunden.[1] Es folgt daraus die Verpflichtung des Verwalters, dem Mieter während der Mietszeit den Gebrauch der Sache zu gewähren (§ 535 BGB.). Diese Pflicht ist aber keine Aussonderungspflicht,[2] sondern eine Masseschuld nach § 59 Nr. 2 KO. Auch Jäger schließt sich bei Erörterung des § 21 KO. (Anm. 4) dieser Ansicht an, setzt sich aber an dieser Stelle mit seiner eigenen Ansicht in Widerspruch, wenn er hier von Aussonderung spricht.

Es wird vielmehr zu unterscheiden sein, ob die vermietete Sache beweglich oder unbeweglich ist. Handelt es sich um eine unbewegliche Sache, so ist auch C an den von seinem Rechtsvorgänger geschlossenen Mietsvertrag gebunden (§ 571 BGB.); er hat daher auch die Pflicht zur Gewährung der Sache und diese Pflicht ist Masseschuld. Ist aber die Sache beweglich, so braucht der neue Eigentümer auf den Mietvertrag keine Rücksicht zu nehmen. Er wird trotzdem die Sache in der Regel nicht sogleich erlangen, weil ihm der Mieter, der im Besitz ist, ein Recht zum Besitze entgegensetzen kann (§ 986 Abs. 2 BGB.). Hat er aber, wie hier, die Sache in seine Hand bekommen, so ist er weiter nicht gebunden. Es würde hier B im Konkurse des C nur Ansprüche aus der Leihe als Konkursforderungen geltend machen können; ob er wegen des Schadens aus dem Mietvertrage sich an den früheren Eigentümer halten kann, ist hier nicht zu entscheiden, jedenfalls hat er im Konkurse des C in dieser Hinsicht keinerlei Rechte. Die Pflicht zu unmittelbarer Herausgabe allein kann also zur Aussonderung nicht genügen, vielmehr ist ein — dingliches oder obligatorisches — Recht auf Herausgabe zur Aussonderung ungeeignet, wenn der Gegenstand

[1] Die Voraussetzungen des § 21 Abs. 1 müssen in dem Jägerschen Falle als vorliegend angesehen werden. Zwar befindet sich die Mietsache zur Zeit der Konkurseröffnung im Besitze des Gemeinschuldners, aber sie war jedenfalls schon vorher dem Mieter überlassen.

[2] RG. 33 S. 49, 40 S. 124.

im Eigentum des Gemeinschuldners steht und deshalb in die Masse fällt; denn es fehlt dann ein wesentliches Erfordernis des § 43 KO. Mag also z. B. der Gemeinschuldner obligatorisch gebunden sein, eine ihm gehörige Sache zu übereignen oder ein anderes dingliches Recht daran zu bestellen oder sie jemandem auf Zeit zu gewähren (z. B. bei Leihe, Miete), so gehört doch der Gegenstand als Eigentum des Gemeinschuldners zur Masse, und der Gegenkontrahent hat kein Recht auf die Sache, sondern nur ein Recht auf Geltendmachung des Schadens, der ihm aus der Nichterfüllung entsteht, im Wege der Anmeldung einer gewöhnlichen Konkursforderung (§ 26 KO.).

Das Ergebnis ist also, daß an dem oben gegebenen Begriff „gehören" festzuhalten und nur das aus der Masse auszuscheiden ist, was in diesem Sinne dem Gemeinschuldner nicht zukommt. Entscheidend ist die Rechtslage in dem Zeitpunkt, wo die Aussonderung begehrt wird,[1]) nicht der Tag der Konkurseröffnung; denn der Verwalter kann auch noch nachher Eigentum für den Gemeinschuldner erwerben.

Die negative Fassung des § 43 hat bezüglich der Eigentumsfrage noch ihre besondere Bedeutung für die Beweislast. Es obliegt dem Aussondernden nicht etwa der Beweis, daß der Gegenstand ihm gehört,[2]) sondern nach § 43 hat er nur den Nachweis zu führen, daß der Gegenstand nicht dem Gemeinschuldner gehört. Ob er selbst Eigentümer ist oder ein Dritter, ist unerheblich,[3]) nur der Gemeinschuldner darf es nicht sein. Daher wird unter gewissen Umständen auch der Nichteigentümer die Aussonderung verlangen können, aber nur für den Fall, daß er ein Recht auf den Besitz hat, das auch dem Eigentümer gegenüber wirksam ist. Ein solches Recht kann sich aus einem beschränkten dinglichen Recht ergeben oder auf obligatorischen Verhältnissen wie Leihe, Miete, Verwahrung beruhen. Daher kann der Eigentümer, der zugleich Verleiher, Vermieter usw. ist, auch auf diese Verträge die Aussonderung stützen und den Eigentumsbeweis sich ersparen. Sind aber Eigentümer und auf Grund persönlichen Rechts Aussonderungsberechtigter verschiedene Personen, so entstehen mehrere Aussonderungsansprüche. Befindet sich der Konkursverwalter

---

[1]) Petersen-Kleinfeller § 43 Anm. 4.

[2]) So Rechtspr. der OLG. Bd. 3 S. 56.

[3]) Aber er muß sein Aussonderungsrecht dartun.

im Zweifel, welcher von den Ansprüchen vorgeht, so hat er den Gegenstand dem persönlich Berechtigten herauszugeben, von dem der Gemeinschuldner ihn erhalten hat. Einem gegen ihn als unmittelbaren Besitzer gerichteten Prozesse kann er sich durch Urheberbenennung (§ 76 ZPO.) entziehen. Der Konkursverwalter hat weder das Recht noch die Pflicht, über den Vorrang der Berechtigten zu entscheiden. Bestreitet der Verwalter jedes Aussonderungsrecht, so wird bei Mehrheit der Aussonderungsberechtigten in dem Prozesse eines dieser Berechtigten gegen den Konkursverwalter nur über dessen Recht entschieden; die Behauptung des Verwalters, daß ein anderer zur Aussonderung berechtigt sei, würde als Einwendung aus dem Rechte eines Dritten unberücksichtigt bleiben. Glaubt sich der Dritte in seinem Rechte beeinträchtigt, so muß er gegen den Kläger des ersten Prozesses vorgehen.

§ 6.

Das Verhältnis des Aussonderungsanspruchs zu den anderen Ansprüchen der Konkursordnung.

Mit dem Absonderungsanspruch hat der Aussonderungsanspruch die Richtung auf einen bestimmten Gegenstand gemein, unterscheidet sich aber dadurch, daß der Aussonderungsgegenstand nicht zur Masse gehören darf, während für die Absonderung die Zugehörigkeit wesentlich ist. Auch erfolgt hier die Herausgabe stets zum Zwecke der Befriedigung aus dem Gegenstande, während bei der Aussonderung durch die Herausgabe nur erstrebt wird, den Besitzstand mit der Rechtslage in Einklang zu setzen.

Mit dem Masseanspruch, soweit er auf einen bestimmten Gegenstand gerichtet ist,[1]) stimmt der Aussonderungsanspruch in der Gleichheit des Gegenstandes überein, divergiert aber darin, daß der Masseanspruch einen zur Masse gehörigen Gegenstand betrifft. Ferner geht die Befriedigung der Aussonderungsberechtigten der der Massegläubiger vor.

---

[1]) § 69 KO. gilt nur für Konkursforderungen, nicht für Masseansprüche.

Die Masseansprüche, soweit sie auf einen Geldbetrag sich stützen, und die Konkursforderungen haben mit den Aussonderungsansprüchen kein gemeinsames Merkmal, unterscheiden sich vielmehr grundsätzlich darin, daß jene auf Befriedigung aus der Masse im ganzen gehen,[1]) während diese einen einzelnen Gegenstand zum Ziel haben.

Es ist ferner zu untersuchen, inwieweit die Ansprüche[2]) nebeneinander bestehen können: ist es möglich, allgemein neben dem Aussonderungsanspruch oder wenigstens unter Verzicht auf diesen eine Konkursforderung anzumelden? Zur ersten Frage führt das Bayrische Oberste Landesgericht aus,[3]) daß „ein Gläubiger neben seinem Aussonderungsrecht seine Forderung als Konkursgläubiger in ihrem vollen Betrage — natürlich bis zur vollständigen Befriedigung — geltend zu machen, durch die Vorschriften der Konkursordnung nicht gehindert sei". Das Reichsgericht,[4]) das einmal die Frage streift, will sich nicht entscheiden, läßt es vielmehr dahingestellt, ob nicht der Aussonderungsberechtigte jedenfalls sein Interesse als Konkursforderung anmelden und abwarten könne, ob der Verwalter diese durch Herausgabe des auszusondernden Gegenstands beseitigen werde. U. E. ist die Frage zu verneinen. Konkursgläubiger sind die Gläubiger, welche auf Grund eines persönlichen Anspruchs gegen den Gemeinschuldner Befriedigung aus seinem Vermögen im ganzen verlangen;[5]) die Aussonderungsberechtigten dagegen beanspruchen einen bestimmten Gegenstand, der rechtlich nicht zum Vermögen des Gemeinschuldners gehört, sondern sich nur tatsächlich darin befindet.[6]) Danach ist es logisch unmöglich, daß der Aussonderungsberechtigte als solcher Konkursgläubiger sein könnte. Er mag neben seinem Aussonderungsanspruch Konkursforderungen haben (z. B. wegen Schadensersatzes, wegen Verzuges usw.), aber wenn er nur den bestimmten Gegenstand verlangen kann, ist er nie Konkursgläubiger.

---

[1]) Daß die Masseansprüche vor den Konkursforderungen befriedigt werden, ist in diesem Zusammenhange unerheblich.

[2]) Auszuscheiden ist das Verhältnis von Aus- und Absonderungsanspruch, denn die Voraussetzungen sind gänzlich verschieden.

[3]) Seufferts Arch. Bd. 53 Nr. 207 a. E.

[4]) JurW. 1898 S. 160 Nr. 24.

[5]) Mot. S. 25; Fitting § 81, 2; Endemann S. 484; Oetker, Grundbegriffe S. 142.

[6]) Oetker, Grundbegriffe S. 143.

Der Aussonderungsberechtigte macht seinen Anspruch außerhalb des Konkursverfahrens geltend, es kann nicht in seinem Belieben stehen, daneben sich wegen desselben Anspruchs am Konkursverfahren zu beteiligen, bis er auf die eine oder andere Art befriedigt wird.

Zweifelhafter könnte es sein, ob nicht der Aussonderungsberechtigte unter Verzicht auf sein Recht eine Konkursforderung anmelden könnte.[1])

Eine analoge Anwendung des § 64 KO. auf das Aussonderungsrecht verbietet sich wegen der wesentlichen Verschiedenheit von Aus- und Absonderungsrecht;[2]) im Gegenteil kann man per argumentum e contrario aus § 64 schließen, daß das Gesetz einen derartigen Verzicht für das Aussonderungsrecht nicht zulassen wollte. Es wäre auch eigenartig, wenn jemand sein Interesse an dem Aussonderungsgegenstand als Konkursforderung geltend machen könnte, obwohl ihm nichts entgegensteht, den Gegenstand selbst zu verlangen. Die Zulässigkeit eines solchen Verzichts hätte unbedingt einer besonderen Bestimmung bedurft und ist in Ermangelung dieser zu verneinen.

Soweit, wenn es sich um einen einseitigen Verzicht handelt. Zulässig ist dagegen natürlich, daß der Aussonderungsberechtigte durch Vertrag mit dem Verwalter auf sein Recht zugunsten der Masse verzichtet und dafür eine Konkursforderung anmeldet. Ein solcher Verzicht kann ausdrücklich sein oder sich aus den Umständen ergeben.

Ist trotz der Unzulässigkeit eines einseitigen Verzichtes oder auf Grund irrtümlicher Anmeldung des Berechtigten an Stelle eines Aussonderungsanspruches eine Konkursforderung zur Tabelle festgestellt worden, so ist diese Eintragung ohne Bedeutung.[3]) Der Aussonderungsanspruch wird dadurch nicht in eine Konkursforderung umgewandelt,[4]) sondern bleibt auch ohne ausdrücklichen Vorbehalt bestehen. Der Berechtigte erlangt durch die Eintragung weder neue Rechte (das Stimmrecht, das Recht auf Dividende), noch verliert er seine bisherigen. Daher wird er durch die Eintragung und ihre Rechtskraftwirkung nicht gehindert, seinen Aussonderungsanspruch geltend zu machen.[5]) Einen

---

[1]) Anscheinend bejahend Wilmowski § 145 Anm. 9.

[2]) Seufferts Arch. Bd. 53 Nr. 307.

[3]) Jäger § 145 Anm. 7; ähnlich Kohler 386, 558 und Rechtspr. Bd. 9 S. 297.

[4]) A. M. Wilmowski § 145, 9.

[5]) A. M. anscheinend Oetker, Grundbegriffe S. 446, der erst die Löschung

Verzicht auf seine Rechte aus der Eintragung anzubieten, ist er nicht verpflichtet und außerstande, da er keine Rechte daraus erlangt hat.[1]) Dagegen muß er, wenn er mit seinem Anspruch durchgedrungen ist, die Eintragung zur Löschung bringen, weil er durch die Herausgabe befriedigt ist, und Dividenden, die auf ihn gefallen sind, herausgeben. Hat er in Gläubigerversammlungen mitgestimmt, so ist seine Stimme ungültig; jeder Interessent könnte die Ungültigkeit eines Beschlusses geltend machen, bei dem er den Ausschlag gegeben hat, und neue Beschlußfassung verlangen.

Wie die Konkursforderungen, so schließt der Aussonderungsanspruch auch die Masseforderung aus. Die Gründe sind dieselben wie die eben angeführten, nur ist eins hinzuzufügen: soweit Masseansprüche auf bestimmte Gegenstände gehen, sind die Ansprüche deshalb unvereinbar, weil für den Gegenstand auf der einen Seite Zugehörigkeit, auf der anderen Nichtzugehörigkeit zur Masse verlangt wird.

§ 7.

Aussonderung auf Grund des Eigentums.

a) Anspruch auf Herausgabe.

Es ist nunmehr auf die einzelnen Aussonderungsansprüche einzugehen. Unter den dinglichen, die zunächst erörtert werden sollen, steht an erster Stelle der Eigentumsanspruch. Während im allgemeinen die Aussonderungskraft des Eigentums zugegeben wird, ist sie in einem einzelnen Fall, nämlich bei fiduziarischer Eigentumsübertragung zur Sicherung einer Forderung bestritten. Es wird behauptet,[2]) daß hier der Fiduziar nicht Aussonderung, sondern nur Absonderung verlangen könne. Das ist praktisch wichtig, weil im Falle der Aussonderung der

---

in der Tabelle verlangt. Der Berechtigte ist aber durch § 14 KO. nicht gehindert, da er trotz der Eintragung nicht konkurrierender Gläubiger oder Konkursgläubiger ist.

[1]) A. M. Wilmowski § 145 Anm. 9, der die Umwandlung der durch Anmeldung entstandenen Konkursforderung in einen Aussonderungsanspruch für zulässig hält. Das wäre aber Neubegründung eines Aussonderungsanspruchs und eine solche kann nur durch Vereinbarung mit dem Konkursverwalter erfolgen.

[2]) RG. Bd. 24, 45 ff.; Jäger § 64 A. 2; Wilmowski § 64 A. 5.

Fiduziar daneben als gewöhnlicher Gläubiger mit seiner ganzen Forderung im Konkurse auftreten kann, andernfalls nur mit dem Ausfall (falls er nicht auf abgesonderte Befriedigung verzichtet hat). Diese Ansicht wird damit begründet, daß die Kreditverhältnisse, an deren gesunder Regelung ein öffentliches Interesse bestehe, beeinträchtigt werden würden, wenn die durch Eigentumsübertragung Gesicherten im Konkurse den gewöhnlichen Gläubigern gleichstehen sollten. Auch habe die Sicherungsübereignung sachlich dieselbe Bedeutung wie die Verpfändung und es könnten deshalb nicht größere Rechte als aus dieser hergeleitet werden.

U. E. ist es zunächst unrichtig, für die Entscheidung über die Aussonderungskraft fiduziarisch übertragenen Eigentums den einen Fall der Sicherungsübereignung herauszugreifen, da die Übereignung auch andere Zwecke verfolgen kann und die allgemein gestellte Frage unter Berücksichtigung aller Fälle gelöst werden muß.

Das fiduziarisch übertragene Eigentum unterscheidet sich als ernstliches Eigentum in seiner juristischen Bedeutung in nichts von dem gewöhnlichen Eigentum, daher muß ihm auch die Aussonderungswirkung zukommen.[1]) Es kann der Aussonderung vom Konkursverwalter nicht entgegengesetzt werden, daß dem Fiduziar der Gegenstand nicht „gehört", denn jedenfalls „gehört" er auch nicht zur Masse, da der Geschäftsherr noch viel weniger als der Fiduziar imstande ist, über den Gegenstand frei zu verfügen. Auf diese Nichtzugehörigkeit zur Masse kommt es aber an, und der Fiduziar kann, obwohl auch ihm der Gegenstand nicht gehört, doch aussondern, da er als Eigentümer jedenfalls zum Besitze berechtigt ist.

Dies ist auch unbedenklich, da in den meisten Fällen fiduziarischer Eigentumsübertragung mit der Konkurseröffnung der Anspruch auf Rückübereignung entsteht und der Aussonderung entgegengesetzt werden kann, so daß die Herausgabe entfällt. Anders nur bei der Sicherungsübereignung: hier kann der Konkursverwalter den Gegenstand nur zurückhalten, wenn er gleichzeitig die gesicherte Forderung erfüllt. Tut er dies nicht, so kann der Fiduziar aussondern und außerdem seine Forderung im vollen Betrage anmelden. Die Gründe, welche die Gegner gegen diese Aussonderung anführen, sind nicht stichhaltig.[2]) Es ist unbedenklich, den durch Eigentums-

[1]) Petersen-Kleinfeller § 43, 2.

[2]) Petersen-Kleinfeller § 61 A. 1; Sarwey § 64 A. 1.

übertragung Gesicherten eine besonders günstige Stellung einzuräumen. Mag auch der Zweck derselbe sein wie bei der Verpfändung, so ist doch durch die Form der Eigentumsübertragung ein weitergehender Erfolg erzielt und der Gläubiger kann nicht gehindert werden, diesen voll auszunutzen. Es stand den Gläubigern frei, sich beim Kreditgeben an den Gemeinschuldner zu sichern. Haben sie es nicht oder in minder wirksamer Form getan, so müssen sie die Bevorzugung der besser Gesicherten dulden. Ist die Sicherstellung nur zur Benachteiligung der anderen Gläubiger erfolgt, so kann sie angefochten werden.

Eigentum gewährt also in jedem Falle Aussonderung. Es wird also zu untersuchen sein, welche der aus dem Eigentum sich ergebenden Ansprüche (§§ 985—1007 BGB.) sich zur Aussonderung eignen.

Der wichtigste ist der Anspruch auf Herausgabe, der typische Fall der Aussonderung. Voraussetzung ist, daß der Aussondernde sein Eigentum darlegt, d. h. nachweist, daß einer der vom bürgerlichen Rechte gegebenen Eigentumserwerbsgründe[1]) vorliegt,[2]) und daß sich der Gegenstand in der Masse befindet. Trotzdem diese Voraussetzungen vorliegen, wird der Aussonderungsanspruch dann nicht durchgreifen, wenn der Verwalter gemäß § 986 Abs. 2 ein Recht zum Besitze einwendet. Ein solches kann sich aus einem dinglichen Rechte oder aus einem obligatorischen Verhältnisse ergeben. Unter den dinglichen Rechten kommen Pfandrecht und Nießbrauch in Betracht: will der Eigentümer obsiegen, so wird er beim Pfandrecht zu beweisen haben, daß es nicht mehr besteht, oder er wird gleichzeitig Zahlung der zugrunde liegenden Forderung anbieten müssen; beim zweiten ist der Nachweis erforderlich, daß der Nießbrauch nie bestanden hat oder beendet ist. Obligatorische Verhältnisse, die den Schutz des § 986 Abs. 2 gewähren, sind Leihe, Verwahrung usw. Hier kommt es darauf an, ob der Verwalter in den Vertrag eingetreten ist. Hat er dies getan und ist seither ein Anspruch auf Rückgabe nicht entstanden, so kann die Sache zurzeit nicht verlangt werden; andernfalls steht der Aussonderung nichts ent-

---

[1]) Näheres bei Jäger § 43 A. 7.

[2]) BGB. §§ 873, 925, 926, 929—31, 937, 946, 947 Abs. 2, 948, 950, 953, 958, 973, 974, 976. Eine Erweiterung ergibt sich durch den Schutz des gutgläubigen Erwerbs vom Nichteigentümer, gemäß §§ 892, 932—934 BGB. und 366 HGB.; dabei sind auch die Eigentumsvermutungen der §§ 1006—1007 BGB. zu beachten.

gegen. Ist die Sache überhaupt nicht mehr in der Masse vorhanden, so sind verschiedene Möglichkeiten gegeben. Entweder die Sache besteht nicht mehr, dann kann bei verschuldetem Untergang (§ 989 BGB.) eine Konkursforderung angemeldet werden. Oder der Gegenstand ist zwar vorhanden, aber bei einem andern als dem Gemeinschuldner: dann kommt es darauf an, was für ein Recht der Dritte an dem Gegenstand erlangt hat. Hat er Eigentum (vom Nichtberechtigten) erworben, so wird sich der Anspruch des Berechtigten auf eine Konkursforderung beschränken (§§ 816 oder 823 BGB.). Ist dies nicht der Fall, weil der Dritte schlechtgläubig war, so hat der Berechtigte den Herausgabeanspruch gegen ihn; an die Masse werden hier keine Ansprüche gestellt. Behauptet der Dritte ein beschränktes dingliches Recht an dem Gegenstand, so ist entscheidend, ob das Recht zur Entstehung gelangt ist, und dies hängt von der Gutgläubigkeit des Dritten ab. Ist das Recht entstanden, so wird der Schaden, der durch die Beeinträchtigung des Eigentums erwächst, als Konkursforderung angemeldet; im andern Falle hat der Dritte die Sache herauszugeben. Hat endlich der Dritte den Gegenstand nur auf Grund obligatorischen Vertrages, so kann der Berechtigte, wenn er zur Wiedererlangung des Gegenstandes Aufwendungen hat machen müssen, stets nur eine Konkursforderung erheben.

Auch die Ansprüche auf Herausgabe von Früchten, die ins Eigentum des Gemeinschuldners gefallen sind (§ 955 BGB.), gewähren nur Konkursforderungen.[1]) Hat aber der Besitzer die Früchte nicht erworben, weil er beim Erwerb des Eigenbesitzes oder wenigstens vor der Trennung der Früchte nicht im guten Glauben war (§ 955 Satz 2), so steht dem Eigentümer der Muttersache auch die Aussonderung der Früchte zu.

§ 8.

b) Anspruch auf Unterlassung und Beseitigung von Störungen.

Es handelt sich hier um Beeinträchtigungen des Eigentums, die nicht in Entziehung oder Störung des Besitzes bestehen (§ 1004 BGB.), insbesondere durch Verstöße gegen das Nachbarrecht und durch die Be-

---

[1]) Jäger § 43,7.

hauptung von Rechten, die dem Eigentum entgegenstehen. Letzteres in der Art, daß der Konkursverwalter an einem dem Aussondernden gehörigen Gegenstande ein Recht für die Masse, z. B. eine Dienstbarkeit, Hypothek, ein Pfandrecht usw. in Anspruch nimmt. Es ist nicht ganz genau, hier von Aussonderung zu sprechen; denn wenn der Anspruch des Berechtigten durchdringt, so zeigt sich eben, daß das ausgesonderte Recht nicht besteht, mithin sich auch nie in der Konkursmasse befand. Das widerspricht an sich dem Begriffe der Aussonderung, aber man wird nicht umhin können, diesen Anspruch wie einen Aussonderungsanspruch zu behandeln, weil er nur zu dieser Kategorie gehören kann. Eine Konkursforderung ist er wegen seiner Dinglichkeit nicht. Eher könnte man an eine Masseforderung denken: infolge der Behauptung des Konkursverwalters, daß das Recht zur Masse gehöre — eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung nach § 59 Nr. 1 —, wird die Masse verpflichtet anzuerkennen, daß ihr dieses Recht nicht zustehe. Wie sonst die Masse aus den Geschäften des Verwalters zum Schadensersatz, so wird sie hier zur Anerkennung der wirklichen Rechtslage verpflichtet. Diese Konstruktion wäre aber gekünstelt; es liegt am nächsten, die Ansprüche unter die Aussonderung zu fassen. Dies ist auch allseitig anerkannt.

Der Antrag wird bei Überschreitungen des Nachbarrechts auf Beseitigung und Unterlassung von Störungen, bei den anderen Ansprüchen auf Feststellung des Nichtbestehens des vom Verwalter behaupteten Rechts gehen. Handelt es sich um Rechte, die der Eintragung ins Grundbuch bedürfen, so richtet sich der Antrag auf Grundbuchberichtigung und Eintragung eines Widerspruchs, sobald im Grundbuch zu Unrecht ein das Eigentum beschränkendes Recht für den Gemeinschuldner eingetragen steht[1]) (z. B. § 1163 Abs. 1 BGB.). Dabei muß die wirkliche Rechtslage in unmittelbarem Widerspruch mit der grundbuchmäßigen stehen, es darf nicht bloß ein obligatorischer Anspruch auf Änderung des Grundbuches vorhanden sein.[2])

[1]) RG. Bd. 44 S. 3.

[2]) Über die Frage, ob die §§ 1169 und 1254 BGB. Aussonderungsansprüche oder Konkursforderungen gewähren, vgl. Jäger § 43 A. 7 und die daselbst angeführten Schriftsteller.

§ 9.

Aussonderung auf Grund des Miteigentums.

Beim Miteigentum stehen allen Berechtigten zusammen dieselben Ansprüche zu, wie beim Eigentum den einzelnen. Dagegen ergeben sich für den einzelnen Miteigentümer aus der Mehrheit der Berechtigten besondere Verhältnisse. Er kann nicht die Herausgabe des Gegenstands an sich verlangen, sondern nur an alle Berechtigten, weil ihm der Alleinbesitz nicht zusteht (vgl. § 1011, 2039 BGB.). Als besonderes Recht hat jeder den Anspruch auf Auseinandersetzung außerhalb des Konkursverfahrens (§ 16 KO.),[1]) auf diese Weise erlangt er den ihm zukommenden Teil der Sache oder des Erlöses. Die Auseinandersetzung kann jederzeit verlangt werden, wenn das Miteigentum auf einer Gemeinschaft nach Bruchteilen (§§ 741 ff. und 1008 ff. BGB.) beruht (§ 749 BGB. in Verbindung mit § 16 Abs. 2 KO.); bei der Gemeinschaft zur gesamten Hand (z. B. der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, der offenen Handelsgesellschaft, der Erbengemeinschaft) nur dann, wenn das bürgerliche Recht oder die Vereinbarung mit den anderen Berechtigten das Recht dazu gewährt.[2]) Der Anspruch auf Auseinandersetzung entfällt, wenn Miteigentum unter Dritten ohne Beteiligung des Gemeinschuldners vorliegt; hier kann nur die Sache selbst verlangt werden.

Die anderen aus dem Eigentum sich ergebenden Ansprüche (§ 1004) werden durch das Miteigentum insofern berührt, als der einzelne nur dann berechtigt ist, sie allein geltend zu machen, wenn er für die Gemeinschaft auftreten kann. Bei der Gemeinschaft nach Bruchteilen kann dies jeder Mitberechtigte (§ 1011), bei der Gemeinschaft zur gesamten Hand nur der zur Vertretung der Gemeinschaft Befugte. Ausnahmsweise sind bei der Erbengemeinschaft nur alle Erben zusammen zur Erhebung der Ansprüche aus § 1004 berechtigt.

Als Rechtsaussonderung steht den Gemeinschaftsgenossen eine Feststellungsklage auf Anerkennung ihres Anteils an der Gemeinschaft zu.

---

[1]) Jäger § 16 Anm. 11.

[2]) Eine besondere Stellung nimmt das Gesamtgut der Gütergemeinschaft ein; denn dieses gehört nach § 2 KO. zur Konkursmasse des Ehemanns auch hinsichtlich des Anteils der Ehefrau.

§ 10.

Aussonderung auf Grund des Besitzes.

Ob der Besitz die Aussonderung rechtfertigt, kann wegen seiner bestrittenen rechtlichen Natur zweifelhaft sein. In Betracht kommen die Fälle der §§ 861, 862, 867, 869, 1007 BGB., also die Beseitigung der Besitzstörung und die Wiedererlangung des entzogenen Besitzes seitens des unmittelbaren und des mittelbaren Besitzers. Gegen die Zulässigkeit spricht nur, daß der Besitz nach einer weit verbreiteten Ansicht kein Recht ist. Da aber der Besitzer nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch durch die gegen jeden Dritten gegebenen Klagen aus Störung und Entziehung eine „absolut geschützte Stellung" (Mot. z. BGB. Bd. 3 S. 110) erhalten hat, so kann an der dinglichen Natur des Besitzes nicht gezweifelt werden. Für dingliche Ansprüche aber gewährt nur die Aussonderung Schutz, daher muß diese dem Besitz zugebilligt werden.[1])

Die Vorschriften des bürgerlichen Rechts erhalten aber eine gewisse Einschränkung durch § 43 KO. Denn während das bürgerliche Recht im Besitzprozeß ein Eingehen auf die Rechtslage ausdrücklich ausschließt (§ 860 BGB.), verlangt § 43 KO. vom Besitzer den Nachweis, daß der Gegenstand dem Gemeinschuldner nicht gehört. Man wird diesen Nachweis für erforderlich halten müssen, auch wenn dadurch die Unbedingtheit des Besitzschutzes in Frage gestellt wird; denn es liegt kein Grund vor, von dem allgemeinen Erfordernis des § 43 eine Ausnahme zu machen. Im Gegenteil spricht für die hier gegebene Ansicht, daß auf diese Weise nur Sachen ausgesondert werden, die nicht zur Masse gehören, während ande rnfallsdie Möglichkeit bestände, Massegegenstände auszusondern. Der Verwalter kann hier gegenbeweislich das Eigentum des Gemeinschuldners dartun, auch in diesem Sinne eine Widerklage erheben. Das Verfahren ist also vereinfacht, da in e i n e m Prozeß festgestellt wird, ob die Masse ein Recht auf die Sache hat oder nicht. Man kann dagegen nicht einwenden, daß damit die Besitzaussonderung ihre Eigentümlichkeit verliere und der

---

[1]) Wilmowski § 43,1; Jäger § 43,8; Seuffert S. 92 A. 5; Fitting § 22 A. 9; Rechtspr. Bd. 4 S. 381.

Eigentumsaussonderung gleiche. Denn die Eigentumsaussonderung kann, da der Konkursverwalter sich im Besitze befindet, selbst bei beweglichen Sachen sich nicht auf die aus dem Besitz entspringende Vermutung des § 1006 BGB. stützen, sondern muß stets das Recht beweisen. Daher wird die Besitzaussonderung auch mit dem Nachweise aus § 43 einfacher sein.[1])

Unrichtig ist es, wenn behauptet wird, die Besitzaussonderung dürfe nur aus § 1007 stattfinden, vielmehr sind, sobald man dem Besitz überhaupt Aussonderungskraft beilegt — und dies tun auch Wolff und Sarwey a. a. O. —, sämtliche Bestimmungen über Besitzschutz heranzuziehen, vor allem also §§ 861, 862. Die Gegner beachten nicht, daß ohnedies durch Erfordern eines nicht zur Masse gehörigen Gegenstandes die Rechtslage auch bei der Besitzaussonderung genügend berücksichtigt wird, und daß es deshalb nicht erforderlich ist, durch alleinige Anwendung des § 1007 dem Verwalter zu ermöglichen, auf die Rechtslage zurückzugreifen.

Es wird sich in allen Fällen der Besitzaussonderung um Gegenstände handeln, die weder dem Aussondernden noch dem Gemeinschuldner gehören, denn nur so kann dem Berechtigten der Beweis eines nicht zur Masse gehörigen Gegenstandes gelingen, ohne daß er zugleich sein eignes Eigentum darzulegen braucht. Ist er selbst Eigentümer, so ist die Besitzaussonderung bedeutungslos.

Unter diesen Voraussetzungen kommen sämtliche Ansprüche aus dem Besitz zur Anwendung. Es genügt also für die Aussonderung, daß der Besitzer die Entziehung oder Störung des Besitzes durch verbotene Eigenmacht und die Nichtzugehörigkeit des Gegenstands zur Masse nachweist. Doch steht dem Besitzer nichts entgegen, aus § 1007 auszusondern; bestritten wurde oben nur, daß dies der einzig mögliche Weg sei. Hier hat der Besitzer zu beweisen, daß er früher die Sache besessen hat, und daß der jetzige Besitzer beim Erwerbe des Besitzes nicht im guten Glauben, oder die Sache ihm, dem früheren Besitzer, ohne seinen Willen abhanden gekommen war. Dagegen kann sich der Konkursverwalter mit den in § 1007 Abs. 2 und 3 gegebenen Einwendungen verteidigen; nur die eine fällt weg, daß der Gemeinschuldner

---

[1]) Wolff § 43 A. 3 und Sarwey § 43 A. 3.

Eigentümer der Sache sei, denn wie oben gezeigt, gehört die Behauptung des Gegenteils schon zur Klagesubstantiierung.

Auch bei dinglichen Rechten kann, soweit das Bürgerliche Gesetzbuch Besitzschutz gewährt (vgl. §§ 1029, 1090), die Störung im Rechtsbesitz im Wege der Aussonderung beseitigt werden.[1] Der Gemeinschuldner muß Eigentümer des belasteten Grundstücks sein, der Aussondernde Besitzer des herrschenden Grundstücks oder persönlich Berechtigter.

§ 11.

Aussonderung auf Grund begrenzter dinglicher Rechte.

Bei den begrenzten dinglichen Rechten ist zu unterscheiden 1. die Aussonderung eines Gegenstands auf Grund eines solchen Rechtes; 2. die Aussonderung des Rechtes selbst. Bei der Aussonderung des Rechtes sind wieder zwei Fälle möglich[2]: das zwischen dem Gemeinschuldner und Aussondernden streitige Recht bezieht sich 1. auf den einem Dritten, 2. auf einen dem Gemeinschuldner gehörigen Gegenstand. Im ersten Fall nimmt jeder Teil das unstreitig vorhandene Recht für sich in Anspruch, im zweiten bestreitet der Verwalter das Bestehen des Rechts.

1. Die Sachaussonderung auf Grund begrenzter dinglicher Rechte wird von den meisten Schriftstellern dort, wo von diesen Rechten gesprochen wird,[3] überhaupt nicht erwähnt, vielmehr beschäftigen sich diese immer nur mit der Aussonderung des Rechtes selbst. Andererseits wird behauptet,[4] daß auf Grund aller begrenzten dinglichen Rechte Gegenstände ausgesondert werden können. Seuffert tut dies mit der Begründung: es sei aussonderungsberechtigt,[5] wer an einem

---

[1]) Sarwey § 43 A. 3.

[2]) Sarwey § 43 A. 2; Jäger § 43 A. 8 macht diese Unterscheidung nur beim Pfandrecht.

[3]) Jäger § 43 A. 8; Wilmowski § 43 A. 2; Wolff § 43 A. 2; Sarwey § 43,2; Völderndorff § 35d.

[4]) Endemann S. 343; Seuffert S. 92.

[5]) Seuffert S. 91.

zur Masse gezogenen Gegenstand ein Recht habe, das nicht auf Befriedigung eines Guthabens aus dem Gegenstande gehe. Dieser Satz ist aber in seiner Allgemeinheit nicht richtig, nicht alle begrenzten dinglichen Rechte sind zur Aussonderung von Gegenständen geeignet.

Zunächst bei der Aussonderung körperlicher Gegenstände. Das Charakteristikum der Aussonderung von Sachen, der Erfolg, auf den der Berechtigte hinstrebt, ist die Herausgabe. Auf diese Wirkung kann aber z. B. bei Dienstbarkeiten oder Reallasten der Klageantrag nicht gehen. Die Aussonderungsansprüche richten sich nach den außerhalb des Konkursverfahrens geltenden Gesetzen; nach dem bürgerlichen Rechte kann aber bei Dienstbarkeiten nur auf Duldung, bei Reallasten nur auf Leistung aus dem Grundstück, nie aber auf Herausgabe geklagt werden. Es gewähren daher nur diejenigen begrenzten dinglichen Rechte einen Aussonderungsanspruch, auf Grund deren die Herausgabe einer Sache verlangt werden kann. Das sind Erbbaurecht, Pfandrecht und Nießbrauch; denn hier finden nach §§ 1017 Abs. 2, 1065 und 1227 BGB. die für die Ansprüche aus dem Eigentum geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung, insbesondere also § 985, der den Anspruch auf Herausgabe enthält. Es besteht dann an der Sache eine Konkurrenz von Aussonderungsansprüchen, 1. der des Eigentümers, 2. der des Erbbau-, Pfand- und Nießbrauchsberechtigten. Dieser Widerstreit ist nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts zu entscheiden: da der Erbbauberechtigte, Pfandgläubiger, Nießbraucher ein Recht auf den Besitz der Sache haben, so geht ihr Anspruch dem des Eigentümers vor; der Konkursverwalter darf daher diesem die Sache nicht herausgeben, wenn einer jener Berechtigten sie verlangt. Denn der Eigentümer hat auf Zeit keinen Anspruch auf Besitz. Meldet sich aber der Berechtigte nicht, so kann der Eigentümer die Sache verlangen; denn die Beschränkung seines Rechts wirkt nur gegen diese Berechtigten.

Voraussetzung war bisher, daß die Sache nicht zur Masse gehörte. Steht sie dagegen im Eigentum des Gemeinschuldners und wird dieses nur durch das dingliche Recht beschränkt, so findet keine Aussonderung statt, weil ein Merkmal der Aussonderung, „eine dem Gemeinschuldner nicht gehörige Sache“ fehlt. Doch sind die Berechtigten auch hier geschützt: der Pfandgläubiger kann Absonderung verlangen, das Erbbaurecht und der Nießbrauch an Grundstücken ist im

Grundbuch eingetragen und die Verpflichtung geht bei Veräußerung infolge des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs auf den Erwerber über; der Nießbraucher beweglicher Sachen kann, wenn sein Recht unbestritten ist, verlangen, daß der Verwalter die Sache nur unter Hinweis auf sein Recht veräußert, so daß ein Erlöschen desselben durch den guten Glauben des Erwerbers (§ 936 Abs. 1 BGB.) ausgeschlossen ist.

Alle anderen Rechte außer den genannten eignen sich zur Aussonderung von Sachen nicht. Auch nicht, wie behauptet wird, das dingliche Vorkaufsrecht.[1]) Aus folgenden Gründen: ist der Vertrag, in den der Berechtigte eintritt, schon durch Übereignung des Grundstücks erfüllt, so gehört dieses jetzt entweder zur Konkursmasse (wenn es an diese veräußert wurde) oder einem Dritten (wenn es aus der Masse veräußert wurde). In beiden Fällen ist die Aussonderung unmöglich[2]): zu 1, weil das Grundstück dem Gemeinschuldner gehört, also in die Masse fällt, zu 2, weil es sich nicht mehr in der Masse befindet. Ist dagegen der Vertrag noch nicht erfüllt, so hängt seine Wirksamkeit von dem Eintritt des Konkursverwalters ab. Erfolgt dieser nicht, so kann auch das Vorkaufsrecht nicht geltend gemacht werden. Erfüllt aber der Verwalter den Vertrag, so kann von ihm oder der Gegenpartei Übereignung verlangt werden, doch ist dieser Anspruch, soweit er sich gegen den Verwalter richtet, nicht Aussonderungs-, sondern Masseanspruch nach § 59, 2 KO.

Es findet also nur bei Sachen, die nicht zur Masse gehören und nur auf Grund der drei genannten begrenzten dinglichen Rechte Aussonderung statt.

Bei Forderungen und anderen Rechten sind als beschränkte dingliche Rechte nur Pfandrecht und Nießbrauch möglich. Unter der Voraussetzung, daß diese Forderungen und Rechte nicht zur Masse gehören, aber für sie beansprucht werden, können sie auf Grund Pfandrechts und Nießbrauchs ausgesondert werden. Der Antrag des Berechtigten würde dahin gehen, daß der Konkursverwalter das Recht anzuerkennen habe. Gleichartig würde der Antrag aber auch lauten, wenn das beschränkte dingliche Recht selbst ausgesondert wird. Daher wird man praktisch von einer besonderen Aus-

---

[1]) Seuffert S. 92.

[2]) Petersen-Kleinfeller § 43 A. 2.

sonderung von Forderungen und Rechten auf Grund Pfandrechts und Nießbrauchs kaum sprechen können, vielmehr wird man sie mit der Aussonderung des Pfandrechts und Nießbrauchs selbst identifizieren müssen.

2. Die dinglichen Rechte selbst eignen sich unter den in § 43 KO. gegebenen Voraussetzungen sämtlich zur Aussonderung. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Gegenstand, an dem das dingliche Recht in Anspruch genommen wird, dem Gemeinschuldner oder einem Dritten gehört. Allerdings behauptet Völderndorff (§ 35 d) in den Fällen, wo der Gemeinschuldner Eigentümer des belasteten Gegenstandes sei, gäbe es keine Aussonderung. Es sei gezwungen von Aussonderungen zu sprechen, wenn der Verwalter einen Gegenstand als unbelastet für die Masse in Anspruch nehme, ein anderer aber eine Belastung geltend mache. Vielmehr schlägt er vor, diese Ansprüche nach Analogie der Masseansprüche zu behandeln, muß aber selbst zugeben, daß bei den fraglichen Ansprüchen sämtliche Voraussetzungen der Aussonderung gegeben sind. Andererseits ist irgend welche Ähnlichkeit mit den Masseansprüchen nicht erkennbar, daher kann an der Aussonderungsnatur dieser Ansprüche nicht gezweifelt werden.

Es können also sämtliche begrenzten dinglichen Rechte als solche ausgesondert werden. Es kommen in Betracht: für Grundstücke Erbbaurecht, Dienstbarkeiten, Vorkaufsrecht, Reallasten, Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld, für bewegliche Sachen sowie Forderungen und andere Rechte Pfandrecht und Nießbrauch.

§ 12.

Aussonderung auf Grund obligatorischer Ansprüche.

Unter den gleichen Voraussetzungen wie die dinglichen führen die obligatorischen Ansprüche zur Aussonderung: der in der Masse befindliche Gegenstand darf nicht dem Gemeinschuldner gehören und der Anspruch des Berechtigten muß auf Herausgabe gehen. Für die Erfüllung des Ersteren ist erforderlich, daß der Gemeinschuldner den Gegenstand durch einen Vertrag, der ihm nicht das Eigentum verschafft hat, oder durch Delikt in seine Hand bekommen hat. Für das Zweite,

daß der Aussondernde nicht nur Übergabe oder Lieferung von Sachen, die sich in der Masse befinden, verlangen kann, sondern deren Herausgabe. Der bloße Anspruch auf Übertragung genügt nicht, denn er begründet kein dingliches Recht an den Gegenständen.

Danach gewähren keine Aussonderung unter den obligatorischen Verträgen: Kauf (Vor-, Wiederkauf), Tausch, Schenkung, Darlehen, Dienst- und Werkvertrag. Ebensowenig begründet der Rücktritt vom Vertrage (§ 346 ff. BGB.) ein Aussonderungsrecht;[1]) denn er verpflichtet die Parteien nur, die Rechtsänderungen rückgängig zu machen, bewirkt aber nicht selbst diese Rückänderungen. Das Gleiche gilt vom Anfechtungsrechte.[2]) Selbst der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung führt nicht zur Aussonderung, auch nicht im Falle des § 816 BGB.; zwar geht er zunächst auf Naturalrestitution, also auf Herausgabe, aber der Gegenstand steht im Eigentum des Gemeinschuldners.[3])

Anders die Ansprüche aus unerlaubter Handlung;[4]) denn der Ersatzpflichtige ist, soweit sich die unerlaubte Handlung gegen eine Sache richtet, nach § 823, 249 ff. BGB. zu ihrer Herausgabe verpflichtet und eine Eigentumsveränderung hat regelmäßig nicht stattgefunden.[5])

Ebenso eignen sich zur Aussonderung Miete, Pacht, Leihe, Verwahrung, Lagergeschäft, Verpfändung, Auftrag, wenn der Gegenstand nicht dem Gemeinschuldner gehört. Daß der Berechtigte Eigentümer sei, ist dabei nicht notwendig. Es sollte eben unabhängig vom Eigentum demjenigen die Aussonderung gewährt werden, der dem Gemeinschuldner auf Grund eines Vertrages eine Sache übergeben hat, ohne ihm das Eigentum zu übertragen, und berechtigt ist, die Herausgabe dieser Sache zu verlangen. Ist der aus dem obligatorischen Vertrage

---

[1]) Petersen-Kleinfeller § 43 A. 3.

[2]) RG. Bd. 13 S. 5 u. Bd. 40 S. 5.

[3]) Der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung ist das Surrogat für die verloren gegangene rei vindicatio. Hat dagegen eine Eigentumsänderung nicht stattgefunden, weil schon der abstrakte dingliche Vertrag nichtig war, so greift die Aussonderung durch.

[4]) Jäger § 43 A. 10.

[5]) Geht der Schadensersatzanspruch auf Geld (vgl. §§ 249—51 BGB.), so ist nur eine Konkursforderung vorhanden.

Berechtigte auch Eigentümer, so hat er zwischen der Aussonderung auf Grund dinglichen und auf Grund obligatorischen Anspruchs die Wahl.[1])

In allen Fällen dieser Art Aussonderung ist es notwendig, daß das vertraglich vereinbarte Rechtsverhältnis beendet ist, weil nur dann die Herausgabe verlangt werden kann. Diese Beendigung kann auf Erreichung des Vertragszwecks oder auf den Vorschriften der Konkursordnung über die Wirkungen der Konkurseröffnung beruhen (vgl. §§ 18, 20, 23 KO.). Eine besondere Wirkung legt die Konkursordnung der Konkurseröffnung bei der Miete und Pacht bei, wenn der Miet- oder Pachtgegenstand dem Gemeinschuldner vor dem Konkurse bereits überlassen war: hier soll der Vermieter bezw. Verpächter berechtigt sein, mit gesetzlicher Frist zu kündigen. Der Berechtigte kann also schon nach Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist aussondern und braucht nicht zu warten, bis die vertragsmäßig festgesetzte Zeit verstrichen ist.

Nicht immer eignen sich die genannten obligatorischen Ansprüche zur Aussonderung. War bei der Hinterlegung vertretbarer Sachen verabredet, daß das Eigentum auf den Gemeinschuldner übergehen[2]) und dieser nur verpflichtet sein sollte, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren (§ 700 Abs. 1 BGB.), so hat der Hinterleger eine gewöhnliche Konkursforderung.[3]) Hatte der Hinterleger dem Gemeinschuldner gestattet, die hinterlegten vertretbaren Sachen zu verbrauchen,[4]) so kann der Hinterleger nur die Sachen aussondern, die noch vorhanden sind; wegen der verbrauchten hat er wieder nur eine Konkursforderung. Bei der Einlagerung vertretbarer Sachen entsteht, wenn der Lagerhalter die Sachen mehrerer vermischt, ein gemeinsames Aussonderungsrecht der Miteigentümer (§ 419 HGB.); vermischt der Lagerhalter die Sachen mit eigenen, so bleibt nur eine Konkursforderung des Einlagernden, wenn der Lagerhalter durch die Vermischung Eigentümer geworden ist (§ 948 BGB.).

---

[1]) Mot. S. 203; Völderndorff § 35 e.

[2]) Ohne die Abrede bleibt der Hinterleger Eigentümer und kann aussondern.

[3]) Jäger 43, 9.

[4]) vgl. für das Bankverwahrungsgeschäft Jäger § 43 Anm. 9.

§ 13.

Aussonderung auf Grund dinglich-ähnlicher Ansprüche.

Außer diesen dinglichen und obligatorischen Ansprüchen gibt es auch andere, den dinglichen ähnliche und absolute, die zur Aussonderung führen. Das sind insbesondere die Ansprüche aus dem Erbrecht. Es kann Aussonderung verlangt werden mit der hereditatis petitio: die Erbschaft als solche ist dann aus der Konkursmasse des Erbschaftsbesitzers herauszugeben. Was als zur Erbschaft gehörig anzusehen ist, richtet sich nach dem §§ 2019 ff. BGB. Soweit nur persönliche Forderungen auf Herausgabe bestehen (§ 2020 Satz 2, §§ 2021, 2023 BGB.), wird sich der Berechtigte mit der Anmeldung einer Konkursforderung begnügen müssen.[1] Hierher gehören auch die Ansprüche aus dem Rechte des Nacherben im Konkurse des Vorerben, die wegen ihrer Dinglichkeit außerhalb des Konkurses geltend gemacht werden müssen.[2]

Ferner geben die Persönlichkeitsrechte Aussonderungsansprüche, insbesondere das Urheberrecht,[3] wenn die Vernichtung widerrechtlich hergestellter Exemplare verlangt wird. Auch widerrechtliche photographische Aufnahmen unterliegen als Verletzung des Rechts am eigenen Bild der Aussonderung.[4]

§ 14.

Die Ersatzaussonderung.

a) Die juristische Natur des Anspruchs.

Neben diese regelmäßigen Fälle der Aussonderung, wie sie sich aus § 43 KO. in Verbindung mit dem bürgerlichen Rechte ergeben, stellt die KO. in §§ 44, 46 und das HGB. in § 392 Abs. 2 besonders geartete, aus denen sich eine Erweiterung der Aussonderung ergibt. Diese Ausnahmen sind geschaffen, um Unbilligkeiten zu beseitigen, die sich aus der konsequenten Durchführung des Aussonderungsprinzips ergeben, lassen dieses Prinzip selbst aber unberührt.

[1] Näheres bei Jäger § 43 A. 12.

[2] vgl. Wilmowski § 128 Anm. 6; Jäger § 43, 13.

[3] Mandry S. 330; Jäger § 43 A. 14.

[4] RG. Bd. 45 S. 170.

Die Norm des § 44 KO., deren juristische Natur äußerst bestritten ist, soll hier unerörtert bleiben. Es soll nur der Tatbestand erwähnt werden, der ihr zugrunde liegt. Die Aussonderung wird hier dem Verkäufer und Einkaufskommissionär gewährt, welcher Waren, die noch nicht vollständig bezahlt sind, von einem anderen Ort an den Gemeinschuldner abgesandt hat, es sei denn, daß sie schon vor der Konkurseröffnung an dem Orte der Ablieferung angekommen und in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer anderen Person für ihn gelangt sind. Es kommt also nicht darauf an, wer zur Zeit der Konkurseröffnung Eigentümer der Waren ist; auch wenn das Eigentum schon mit der Übergabe an die Transportperson übergegangen ist, steht der Aussonderung nichts entgegen, wenn nur die genannten Voraussetzungen vorhanden sind. Die Erweiterung der Aussonderung liegt also darin, daß hier auch ein zur Masse gehöriger Gegenstand ausgesondert werden kann.

§ 46. Der zweite Fall der erweiterten Aussonderung lautet:

> „Sind Gegenstände, deren Aussonderung aus der Konkursmasse hätten beansprucht werden können, vor der Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner oder nach der Eröffnung des Verfahrens von dem Verwalter veräußert worden, so ist der Aussonderungsberechtigte befugt, die Abtretung des Rechts auf die Gegenleistung, soweit diese noch aussteht, zu verlangen. Er kann die Gegenleistung aus der Masse beanspruchen, soweit sie nach der Eröffnung des Verfahrens zu derselben eingezogen worden ist."

Über die juristische Natur dieses Abtretungsrechts gehen die Meinungen auseinander. Von der einen Seite wird behauptet, das Recht sei selbst ein Aussonderungsrecht,[1]) von der anderen, es sei ein Masseanspruch aus § 59 Nr. 3 KO.,[2]) von einer dritten endlich, es sei weder ein Aussonderungs- noch ein Masseanspruch, sondern eine Art Anspruch für sich.[3]) Die Entscheidung der Frage, ob ein Masse- oder

---

[1]) Hellwig S. 247 ff.; Wolff § 46 Anm. 2; Zeitschr. S. 342; Jäger § 46 A. 2; Wilmowski § 46 A. 3; Fitting § 22 A. 29; Kohler S. 180; Petersen-Kleinfeller § 46 A. 4; Rintelen S. 120.

[2]) Stieglitz S. 242; Mandry S. 335; Seuffert S. 100; Staub, HGB. § 392 A. 5.

[3]) Oetker, Zeitschr. S. 71 ff.; Sarwey 46 A. 5.

ein Aussonderungsanspruch vorliegt, ist deshalb von Wichtigkeit,[1]) weil für Masseansprüche mehrere beschränkende Sonderregeln gelten, insbesondere §§ 60 und 172 KO. Nach der ersten Bestimmung erhalten die Massegläubiger nur verhältnismäßige Befriedigung, wenn die Masse nicht ausreicht, um wenigstens die Masseschulden zu decken; nach der zweiten können Masseansprüche, welche nicht bis zur Festsetzung des Prozentsatzes oder der Beendigung des Schlußtermins oder der Bekanntmachung einer Nachtragsverteilung zur Kenntnis des Verwalters gelangt sind, nicht auf den Massebestand geltend gemacht werden, welcher zur Auszahlung des festgesetzten Prozentsatzes erforderlich ist, oder den Gegenstand der Schlußverteilung oder der Nachtragsverteilung bildet.[2])

Zu näherer Untersuchung der Frage ist die Entstehungsgeschichte des § 46 KO. heranzuziehen. In der preuß. Konkursordnung, an die sich die Reichskonkursordnung in vielen Beziehungen anlehnt, war die Natur der Ansprüche ausdrücklich bestimmt. Es hieß dort:

> § 23. Sind fremde Sachen vor der Konkurseröffnung durch den Gemeinschuldner verkauft worden, so kann an deren Stelle die Übereignung des Kaufpreises gefordert werden, soweit derselbe noch aussteht.
>
> § 28. Sind die in dem § 22 ... erwähnten Sachen in dem Konkurse verkauft worden, so kann an deren Stelle die Übereignung des Kaufpreises gefordert werden, soweit derselbe noch aussteht.
>
> § 30. Das Rückforderungsrecht wird in allen Fällen unabhängig von dem Konkursverfahren gegen den Verwalter der Masse geltend gemacht.
>
> § 44. Sind nach der Konkurseröffnung die in den § 22 ... erwähnten Sachen verkauft ..., so muß dem Rückforderungsberechtigten der Erlös insoweit vollständig herausgegeben werden, als derselbe zur Konkursmasse eingezogen worden ist. Dasselbe gilt auch in dem Falle, wenn fremde Sachen bereits vor der

---

[1]) Die dritte Ansicht ist praktisch bedeutungslos.

[2]) Es ist daher die Behauptung Endemanns S. 348: „im Erfolg ist es ziemlich einerlei, ob man den Anspruch als Masseforderung oder Aussonderungsanspruch behandelt“ unzutreffend.

Konkurseröffnung durch den Gemeinschuldner verkauft worden sind und der Kaufpreis zur Konkursmasse eingezogen ist.

Es war also ein Aussonderungsanspruch gegeben, wenn die Gegenleistung noch ausstand, und eine Masseforderung, wenn sie zur Masse eingezogen war. Diese Trennung ist, wie sich aus den Motiven (S. 187) ergibt, von der RKO. verworfen worden und dies kommt auch im Gesetz dadurch zum Ausdruck, daß beide Fälle in einen Paragraphen zusammengefaßt und unter denselben Titel gestellt sind. Wie fassen nun die Motive die juristische Natur des Anspruchs auf? Nach der Begründung zu § 38 (jetzt § 46) zu urteilen,[1]) sollte ein Aussonderungsanspruch konstruiert werden. Es wird erklärt: es wäre unbillig, wenn bei ausstehender Gegenleistung der Konkursverwalter diese einziehen und unter die Gläubiger verteilen dürfte; daher sollte die Forderung auf die Gegenleistung „als dem Vindikationsberechtigten zustehend" angesehen werden. Ferner wird darauf hingewiesen, daß § 38 KO. dasselbe Prinzip enthalte wie Art. 368 ADHG. (jetzt § 392 HGB.); hier aber ist die Berechtiguug zur Aussonderung zweifellos. Andrerseits werden bei § 52 Nr. 3 (jetzt § 59 Nr. 3 KO.) die Ansprüche aus § 38 als Masseansprüche bezeichnet.[2]) Allerdings ist die Fassung nicht ganz klar; es ist möglich, daß nur die in § 44 preuß. KO. (§ 38 S. 2 KO.) genannten Ansprüche gemeint sind. Ist dies aber der Fall, so besteht wieder ein Gegensatz zu Mot. S. 187, denn hier war ja gerade gesagt, daß die Ansprüche aus §§ 23 u. 44 preuß. KO. in der Reichskonkursordnung gleich behandelt werden sollten. Die Motive ergeben also kein klares Bild, die Frage ist deshalb aus dem Gesetz allein zu entscheiden.

Mehrere Schriftsteller[3]) vertreten den Standpunkt, daß ein Aussonderungsanspruch nicht vorliegen könne, da die Forderung auf die Gegenleistung zum Vermögen des Gemeinschuldners gehöre; vielmehr handle es sich um eine ungerechtfertigte Bereicherung der Masse, der Abtretungsanspruch sei eine Masseschuld im Sinne des § 59 Nr. 3 KO. Dieser Ansicht kann nicht beigepflichtet werden. Es ist zu unterscheiden: 1. der Fall, daß der Gemeinschuldner den fremden Gegenstand veräußert hat, event. auch die Forderung nach der Konkurseröffnung ein-

---

[1]) Mot. S. 185—187.

[2]) Mot. S. 246.

[3]) Seuffert S. 10; Mandry S. 335; Stieglitz S. 242.

gezogen ist, 2. der Fall, daß der Konkursverwalter die Veräußerung vorgenommen, event. auch die Gegenleistung eingezogen hat.

1. § 59 Nr. 3 spricht von „rechtloser Bereicherung der Masse"; eine solche liegt, wie von keiner Seite bestritten wird, nur dann vor, wenn nach der Konkurseröffnung etwas ohne rechtlichen Grund zur Masse gekommen ist. Dieser unberechtigte Zuwachs soll vor der Befriedigung der Konkursgläubiger wieder herausgegeben werden. Ist hier ein solcher vorhanden? Der Gemeinschuldner hat vor der Konkurseröffnung eine fremde Sache veräußert, dafür hat er eine Forderung auf den ausstehenden Kaufpreis erlangt. Ob die Veräußerung rechtmäßig oder unrechtmäßig war, ist gleichgültig; jedenfalls steht die Forderung dem Veräußerer zu und ist in sein Vermögen getreten. Auch zur Zeit der Konkurseröffnung befindet sie sich noch darin und gehört daher von vornherein mit zur Masse. Infolgedessen kann man nicht von einer Bereicherung der Masse sprechen; denn es ist zur Masse nichts hinzugekommen, was nicht schon zur Zeit der Konkurseröffnung vorhanden war. Ebensowenig besteht eine rechtlose Bereicherung, wenn der Kaufpreis nach der Konkurseröffnung vom Verwalter zur Masse gezogen wird, es ist dann nur ein bei der Konkurseröffnung vorhandenes Vermögensobjekt realisiert worden. Rechtlos bereichert ist nicht die Masse, sondern der Gemeinschuldner war es schon vor der Konkurseröffnung. Daher kann es sich nicht um einen Anspruch aus § 59 Nr. 3 KO. handeln. Ebensowenig aber kann § 59 Nr. 1 oder 2 herangezogen werden, denn von einer Tätigkeit des Konkursverwalters bei der Veräußerung ist keine Rede und die Einziehung der ausstehenden Forderung kann nie einen Masseanspruch erzeugen. Die Gegenansicht, die alle Ansprüche des § 46 KO. als Masseansprüche behandeln will, ist hier offenbar im Irrtum.[1])

2. Eher wäre es möglich, daß ein Masseanspruch besteht, wenn der Konkursverwalter einen massefremden Gegenstand veräußert hat, event. auch die durch eine solche Veräußerung entstehende Forderung auf die Gegenleistung einzieht. Denn hier ist erst nach der Konkurseröffnung etwas zur Masse gekommen, es ist also wirklich eine „Bereicherung der Masse" vorhanden. Diese Bereicherung muß aber nach § 59 Nr. 3 rechtlos sein, wenn ein Masseanspruch entstehen soll. Da-

[1]) Hellwig S. 244 ff.; ihm folgt Wolff, Zeitschr. S. 243.

gegen ist der Anspruch aus § 46 KO. nicht davon abhängig, daß die Veräußerung unrechtmäßig geschah;[1]) denn § 46 enthält von einem solchen Merkmale nichts. War also der Konkursverwalter zur Veräußerung des fremden Gegenstands berechtigt, so ist der Anspruch aus § 46 gegeben, kann aber kein Masseanspruch aus § 59 Nr. 3 sein, da die Masse nicht rechtlos bereichert ist. Damit wäre die Ansicht der Gegner insoweit widerlegt, als der Anspruch des § 46 bei rechtmäßiger Veräußerung Aussonderungsanspruch wäre und nur bei unrechtmäßiger Masseanspruch sein könnte. Diese Unterscheidung muß aber als dem Gesetz widersprechend verworfen werden; denn das Gesetz kennt sie nicht. Auch sonst läßt sich aus § 59 Nr. 1 (§ 59 Nr. 2 scheidet selbstverständlich aus) die Konstruktion als Masseanspruch nicht erklären. Die Rechtslage ist die gleiche wie oben. Hat der Verwalter unrechtmäßig veräußert, so wird die Masse ersatzpflichtig sein; hat er aber nur von dem ihm zustehenden Rechte der Veräußerung Gebrauch gemacht, so kann unmöglich die Masse haftbar gemacht werden. Neben diese gewichtigen Gründe, die gegen die Natur des Anspruchs als Masseanspruch sprechen, treten noch andere.[2]) Mit Recht wird darauf hingewiesen,[3]) daß bei Richtigkeit der Gegenansicht § 46 nur etwas enthielte, was sich ohnedies aus § 59 ergeben hätte; es kann aber nicht angenommen werden, daß das Gesetz ohne Grund die Anwendung eines allgemeinen Grundsatzes an einem speziellen Falle zeigen wollte. Ferner weist die Stellung des § 46 unter dem Titel „Aussonderung" mit Deutlichkeit darauf hin, daß der hier gewährte Anspruch Aussonderungsnatur hat, denn es wäre unverständlich, weshalb unter diesem Titel, der sonst nur Aussonderungsansprüche nennt, ein Masseanspruch stehen sollte.

Nun wird, wie erwähnt, von anderer Seite[4]) behauptet: es sei allerdings zuzugeben, daß die Ansprüche aus § 46 keine Masseschulden

---

[1]) a. M. nur Stieglitz S. 241.

[2]) Unzutreffend ist das Argument (Wolff, Zeitschr. S. 243), daß der Berechtigte trotz Veräußerung des Aussonderungsgegenstands als Aussonderungsberechtigter bezeichnet werde. Im Zusammenhang des § 46 kann unter „Aussonderungsberechtigter" ebensogut derjenige verstanden werden, der früher zur Aussonderung des Gegenstands berechtigt war.

[3]) Jäger § 46 A. 2.

[4]) Oetker, Zeitschr. S. 71 ff.; Sarwey § 46 A. 5.

eien, aber ebensowenig könnten sie Aussonderungsansprüche sein; man müsse sie vielmehr als eine besondere Klasse, die sonst in der Konkursordnung nicht vorkomme, ansehen. Das Hauptargument bildet auch hier, eine Aussonderung an einem zur Masse gehörigen Gegenstand sei unmöglich, der Begriff Aussonderung könne nicht einen Doppelsinn haben.[1]) Das letztere ist ohne weiteres zuzugeben: Aussonderung bleibt immer Herausgabe eines nicht zur Masse gehörigen Gegenstandes. Aber dieser Begriff Aussonderung, der schon in § 44 KO. erweitert war, erfährt hier aus Billigkeitsrücksichten eine zweite Erweiterung. Wenn nach § 44 die Aussonderung ohne Rücksicht darauf, wem das Eigentum zusteht, möglich ist, so muß ähnliches auch im Falle des § 46 angehen. Und will man ganz genau sein, so kann man die Ansprüche aus § 46, um den Begriff der Aussonderung nicht zu verwischen, als Ersatzansprüche mit Aussonderungskraft bezeichnen.

Ferner ist zu beachten, daß neben den vier Kategorien von Ansprüchen der Konkursordnung, deren Stellung zu einander scharf abgegrenzt ist, eine neue Kategorie von ganz unbestimmten Umrissen zwischen Aussonderungs- und Masseanspruch, die zudem in der Konkursordnung nicht erwähnt ist, keinen Platz hat.

Es sind also sämtliche Ansprüche aus § 46 Aussonderungsansprüche.

§ 15.

b) Die einzelnen Bestandteile des Anspruchs.

a) Es ist nötig, daß der Gegenstand, der veräußert ist, ausgesondert werden konnte, d. h. es muß einer der oben genannten dinglichen oder persönlichen Ansprüche, auf Grund dessen Herausgabe der Sache oder Anerkennung des Rechtes verlangt werden konnte, vorhanden gewesen sein. Also auch diese Ersatzaussonderung kann nicht nur auf Grund dinglichen, sondern auch persönlichen Anspruches begehrt werden. Eine abweichende Ansicht wird damit begründet,[2]) daß die Abtretung der Gegenleistung nur gegen Genehmigung der Veräußerung verlangt werden könne, die Ersatzaussonderung daher nur dem allein

---

[1]) Oetker S. 72 a. a. O.

[2]) Hellwig S. 238; anscheinend auch Seuffert S. 99 A. 28.

zustehe, durch dessen Genehmigung die Veräußerung wirksam werde, dem Eigentümer. Wer also den Anspruch aus § 46 geltend mache, müsse sein Eigentum nachweisen. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Richtig ist allerdings, daß in dem Verlangen auf Abtretung die Genehmigung liegen *kann* — und ob dies der Fall sein soll, wird sich aus den Umständen ergeben —; aber daß sie darin liegen *muß*, ist zu bestreiten. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht ergibt sich auch daraus, daß die Genehmigung in vielen Fällen gar nicht erforderlich ist.[1] Wenn z. B. der Dritte die Sache in gutem Glauben erworben hat oder wenn die Veräußerung rechtmäßig (mit Zustimmung des Berechtigten) geschah, so ist nicht einzusehen, welchen Wert die Genehmigung haben soll. Im ersten Fall ist sie für den Eigentumserwerb völlig gleichgültig, im zweiten ist sie schon im voraus erteilt. Daher kann die Frage der Genehmigung für das Recht zur Ersatzaussonderung nicht maßgebend sein. Die Absicht des Gesetzes ging dahin,[2] durch § 46 einen Anspruch zu schaffen, der vollkommen unabhängig vom bürgerlichen Rechte sein und die von diesem gewährten Ansprüche gegen Dritte und weitergehende Ansprüche gegen den Gemeinschuldner nicht berühren sollte. Danach wird dem Berechtigten Ersatzaussonderung selbst dann gestattet werden müssen, wenn er gegen einen Dritten den Herausgabeanspruch hat,[3] während die Hellwigsche Ansicht dazu führen würde, daß der Berechtigte, wenn er den Anspruch aus § 46 geltend macht, auf etwaige Ansprüche gegen den Dritterwerber und wohl auch auf weitergehende gegen den Gemeinschuldner stets verzichten müßte. Das würde aber dem oben genannten Zweck des Gesetzes direkt zuwider laufen. Ferner läßt sich die abweichende Ansicht mit dem Wortlaut des Gesetzes, das eine solche Beschränkung nicht kennt, nicht in Einklang bringen, die Genehmigung der Veräußerung gehört nicht zu den Voraussetzungen des § 46.

Danach kann die Ersatzaussonderung mit dinglichem und obligatorischem Anspruch begehrt werden. Der Ersatzanspruch tritt an die Stelle des ursprünglich vorhandenen, jetzt veräußerten Gegenstandes,

---

[1] *Petersen-Kleinfeller* § 46 A. 1 a. E.

[2] Mot. S. 185.

[3] Aber nur solange der Anspruch noch aussteht. Hat der Berechtigte die Sache zurückerhalten, so entfällt natürlich das Recht aus § 46.

mag dieser eine Sache oder ein Recht gewesen sein. Aber es ist keine dingliche Surrogation, denn sonst würde der Anspruch sogleich dem Berechtigten zustehen, vielmehr bedarf es der Abtretung des Anspruchs bezw. der Eigentumsübertragung durch Übergabe, letzteres, falls der Kaufpreis zur Masse eingezogen ist. Der Ersatzanspruch kann aber nur so lange erhoben werden, als die ursprüngliche Aussonderung hätte begehrt werden können, d. h. ist das Recht, den ursprünglichen Gegenstand auszusondern, verloren gegangen, so kann auch der Ersatz nicht mehr beansprucht werden. Es kommt darauf an festzustellen, welcher Zeitpunkt maßgebend ist für die Frage, ob das ursprüngliche Aussonderungsrecht noch bestehen würde: ist es der Zeitpunkt, in dem die Veräußerung stattfand, oder der, in dem die Ersatzaussonderung begehrt wird? Die Erwägung, daß der Ersatzanspruch selbst ein Aussonderungsanspruch ist, spricht dafür, den zweiten Zeitpunkt als maßgebend anzusehen. Dagegen hält Fitting (§ 22 A. 28) den anderen Zeitpunkt für entscheidend und stützt seine Behauptung einmal auf die Fassung des Gesetzes;[1] ferner meint er, man könne nicht berechnen, ob der Gegenstand, wenn er nicht veräußert wäre, jetzt ausgesondert werden könnte. Die Fassung des Gesetzes ist unserer Ansicht nach einfach dahin zu verstehen, daß geprüft werden soll, ob der Gegenstand, wenn er sich jetzt noch unverändert in der Masse befände, ausgesondert werden könnte. Ebenso ist auf das zweite Argument Fittings zu entgegnen. Es ist natürlich richtig, daß der Gegenstand, wenn er nicht in dem fraglichen Falle veräußert wäre, anderweitig veräußert oder auch untergegangen sein könnte, so daß selbst ohne die Veräußerung eine Aussonderung jetzt unmöglich wäre. Aber darauf kommt es nicht an: es soll nur festgestellt werden, ob unter gewöhnlichen Verhältnissen, wenn also der Gegenstand noch in der Masse wäre, eine Aussonderung stattfinden könnte. Welcher Zeitpunkt maßgebend ist, ist deshalb von Wichtigkeit, weil zwischen Veräußerung und Ersatzaussonderung eine Eigentumsveränderung hätte eintreten können, wenn der Gegenstand beim Gemeinschuldner geblieben wäre, z. B. durch Ersitzung. Die Folge der hier vertretenen Ansicht ist,[2] daß die Gegenleistung nicht mehr verlangt werden kann, wenn zu der Zeit, wo die Ersatzaussonderung geltend gemacht wird, die Ersitzung vollzogen gewesen wäre, mag auch

[1] „Gegenstände, deren Aussonderung hätte beansprucht werden können."

[2] So auch die herrschende Meinung: Hellwig S. 227; Petersen-Kleinfeller-

zur Zeit der Veräußerung der Berechtigte noch Eigentümer gewesen sein. Ist zur Zeit der Ersatzaussonderung die Ersitzungsfrist noch nicht abgelaufen, so wird durch die Ersatzaussonderung die Ersitzung unterbrochen, aber nur dann, wenn jene gerichtlich geltend gemacht wird (§ 941 BGB.). Daher ist für die Frage nach der Zulässigkeit der Ersatzaussonderung die Zeit der gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs maßgebend.

b) Der Aussonderungsgegenstand muß veräußert sein, und zwar gegen Entgelt, da § 46 von einer Gegenleistung spricht. Unter Veräußerung ist jede translative oder konstitutive Rechtsänderung zu verstehen. Darunter fällt die Übertragung des Eigentums oder eines begrenzten dinglichen Rechts, ferner die Bestellung eines solchen Rechts durch Abzweigung vom Eigentum. Zweifelhaft ist, ob die Einziehung einer fremden Forderung eine Veräußerung ist. In der Regel wird durch eine solche Einziehung die Forderung in ihrem Bestande nicht berührt: wenn der Schuldner an einen falschen Gläubiger zahlt, so wird er nicht befreit und das Schuldverhältnis besteht weiter. Daher kann man in diesem Falle nicht von Veräußerung sprechen, denn Veräußerung bedeutet immer „den Verlust eines Rechts“ (Hellwig S. 223), eine Rechtsänderung. Hier findet also § 46 keine Anwendung.[1]) Sonst hätte der Gläubiger neben seiner Forderung, die unberührt bleibt, ein neues Recht aus § 46; das würde eine grundlose Bevorzugung sein. Daß ein solches Recht praktisch wichtig wäre, insbesondere für den Fall, daß der Schuldner inzwischen zahlungsunfähig geworden ist, ist zutreffend; aber der Gläubiger hat kein Recht, neben seinem Schuldner noch den Gemeinschuldner bezw. die Masse in Anspruch zu nehmen. Ein Recht gegen die Masse kann nur dem Schuldner, der fälschlich bezahlt hat, zugebilligt werden. Nach der anderen Ansicht könnte der Fall vorkommen, daß der Gläubiger den Forderungsgegenstand aussondert und dann der Schuldner für denselben Gegenstand eine Konkursforderung anmeldete. Das wäre für die anderen Gläubiger unbilligt.

Ist also in der Regel bei Einziehung einer fremden Forderung von Veräußerung keine Rede, so wird man doch von einer solchen

---

feller § 46 A. 1; Jäger § 46 A. 6; Sarwey § 46 A. 3; Seuffert S. 100 A. 30.

[1]) A. M. Hellwig S. 225.

sprechen können, wenn durch Einziehung der Forderung das Schuldverhältnis aufgehoben wird. Das ist z. B. der Fall,[1]) wenn der Gemeinschuldner eine Forderung abtritt, ohne daß der Schuldner Kenntnis erhält und dieser nun an den Konkursverwalter zahlt. Dann muß der Zessionar die Leistung gelten lassen (§ 407 BGB.), das Schuldverhältnis erlischt. Notwendig ist, daß die Leistung an den Konkursverwalter und nicht an den Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung geschah. Denn hier geht Leistung und Gegenleistung (Erlöschen der Forderung) Zug um Zug, eine ausstehende Gegenleistung (§ 46 Satz 1 KO.) gibt es nicht; daher kommt nur § 46 Satz 2 zur Anwendung, und es muß an den Verwalter geleistet sein, wenn ausgesondert werden soll. In diesen Fällen, wo durch die Einziehung das Schuldverhältnis berührt wird, kann man sagen, daß ein der Veräußerung analoges Verhältnis geschaffen wird; es tritt auch hier wie bei der Veräußerung regelmäßig ein Rechtsverlust ein. Zweifelhaft könnte es sein, ob diese Veräußerung entgeltlich geschieht, d. h. ob Befreiung von der Verbindlichkeit und Zahlung im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung stehen, oder ob nicht vielmehr das Erlöschen der Forderung einfach die Folge der Leistung des Schuldners ist. Man wird das erstere annehmen müssen, denn der Schuldner macht eben seine Leistung nur um der Befreiung von der Schuld willen; nur wenn diese Absicht beim Schuldner vorliegt, kann die Leistung als Erfüllung angesehen werden.[2]) Danach ist also eine Aussonderung des eingezogenen Forderungsgegenstands zulässig, soweit er unterscheidbar in der Masse vorhanden ist.[3])

Ein Anwendungsfall des § 46 liegt auch dann vor, wenn fremdes Geld[4]) veräußert ist. Es ist zu unterscheiden, ob das Geld zur Begründung oder zur Tilgung eines Schuldverhältnisses verwendet ist. Im letzten Fall besteht die Gegenleistung in der Aufhebung eines Schuldverhältnisses. Diese Gegenleistung aber kann nicht ausgesondert werden. Wird dagegen durch Veräußerung des fremden Geldes ein Schuldverhältnis begründet, so liegt hierin eine Gegenleistung. Doch

---

[1]) Weitere Fälle bei Jäger § 46 A. 9.

[2]) Hellwig S. 225.

[3]) Jäger § 46 A. 9; Hellwig S. 224; Wilmowski § 46 A. 7; Sarwey § 46 A. 4; Mandry S. 336.

[4]) Natürlich muß es unterscheidbar in der Masse gewesen sein und darf nicht durch Vermischung ins Eigentum des Gemeinschuldners getreten sein.

soll nach Sarweys Ansicht (§ 46 A. 4) schon die entstehende Forderung die Gegenleistung sein, nicht erst das, was auf Grund der Forderung geleistet wird. Veräußere daher der Gemeinschuldner das fremde Geld vor der Konkurseröffnung, so gehöre die Gegenleistung, nämlich die aus der Hingabe entstehende Forderung zur Masse und unterliege nicht der Aussonderung. Denn § 46 setze stets voraus, daß die Gegenleistung erst nach der Konkurseröffnung zur Masse gekommen sei. Habe aber der Verwalter veräußert, so sei die Gegenleistung erst nach der Konkurseröffnung in die Masse gelangt und könne nach § 46 Satz 2 ausgesondert werden. Diese Ansicht erscheint uns nicht richtig. Unter Gegenleistung muß die auf Grund der Forderung bewirkte Leistung angesehen werden, nicht die Forderung selbst.[1]) Sonst würde es nie eine ausstehende Gegenleistung geben und die Bestimmung des § 46 Satz 1 wäre illusorisch. Bei jeder Veräußerung gegen Entgelt entsteht die Forderung auf die Gegenleistung sofort, aber es kommt darauf an, ob die Gegenleistung sogleich bewirkt wird, oder noch ausstehen soll. Wäre Sarweys Meinung richtig, so müßte dann, wenn der Gemeinschuldner einen fremden Gegenstand, z. B. Wertpapiere verkauft hat, der Kaufpreis aber noch aussteht, die Gegenleistung sich bereits in der Masse befinden — denn die Forderung auf den Kaufpreis ist mit dem Kaufabschluß entstanden — und könnte nicht ausgesondert werden, da sie schon vor der Konkurseröffnung zur Masse gezogen ist. Es liegt aber auf der Hand, daß das Gesetz durch § 46 Satz 1 gerade solche Fälle wie den eben genannten treffen will. Es kann danach nicht zweifelhaft sein, daß unter Gegenleistung die Leistung zu verstehen ist, die auf die beim Vertragsschluß entstehende Forderung bewirkt wird. Ist also fremdes Geld unter Begründung einer Forderung veräußert, so kann, solange die Forderung nicht erfüllt ist, Abtretung der Forderung verlangt und, wenn nach Einziehung der Gegenleistung diese noch in der Masse vorhanden ist, die Herausgabe begehrt werden.

Zweifel über den Begriff der Gegenleistung sind auch anderweitig entstanden. So wird behauptet,[2]) daß bei Verpfändung fremder Sachen keine Gegenleistung vorhanden sei, da man den Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe des bei der Verwertung etwa erzielten Über=

---

[1]) Jäger § 46 A. 15.

[2]) Jäger § 43 A. 13; Sarwey § 46 A. 4.

schusses nicht als solche ansehen könne. Dies soll zugegeben werden. Aber ist nicht z. B. das Darlehen, das gegen Verpfändung einer fremden Sache, etwa von Wertpapieren, gewährt wird, als Gegenleistung für die Hingabe der Papiere anzusehen? [1]) Es entspricht durchaus dem Rechtsgefühl, daß der Eigentümer der Pfandsache, falls diese Gegenleistung noch aussteht, ihre Abtretung verlangen kann. Wir haben oben gesehen, daß bei der Verpfändung die Sache selbst nicht ausgesondert werden kann, weil sie sich nicht mehr in der Masse befindet; es ist daher durchaus gerechtfertigt, wenn der Eigentümer, der seine Sache bei dem Dritten auslösen muß, die Gegenleistung erhält und sich dadurch seine Sache ohne Schaden wieder verschaffen kann.

Man wird daher unter Gegenleistung das Entgelt verstehen müssen, das gegen Veräußerung des Gegenstandes geleistet wird, aber erst die Leistung, nicht schon die Forderung auf die Leistung. Aus dieser Begriffsbestimmung folgt, daß die Gegenleistung nur insoweit verlangt werden kann, als sie für den Aussonderungsgegenstand gegeben ist. Ist also der Gegenstand mit anderen zusammen veräußert oder liegt sonst in der Gegenleistung das Entgelt für irgend eine Leistung des Gemeinschuldners oder des Verwalters enthalten, so kann nur die Aussonderung eines entsprechenden Teils der Gegenleistung verlangt werden.[2]) Ist dagegen die Gegenleistung das alleinige Entgelt für den Aussonderungsgegenstand, so kann sie auch vollständig ausgesondert werden, mag nun der Wert des Gegenstauds ihr entsprechen oder nicht. Irrig ist insbesondere die Ansicht,[3]) daß bei onerosem Erwerb seitens des Gemeinschuldners der Berechtigte die Gegenleistung nur insoweit aussondern könne, als sie den Preis der Anschaffung übersteige, weil nur insoweit der Gemeinschuldner bereichert sei. Der Anspruch des § 46 ist aber vollkommen unabhängig von einer Bereicherung des Gemeinschuldners und nur zum Schutz des Aussonderungsberechtigten bestimmt; daher kann auch die Gegenleistung voll verlangt werden.

Ist die Veräußerung unentgeltlich gewesen, so fällt die Ersatzaussonderung fort und § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB. kommt zur Anwendung: der frühere Eigentümer kann vom neuen Eigentümer Herausgabe der

---

[1]) Wilmowki § 46 A. 7.

[2]) RG. J.W. 1898 S. 480 Nr. 16, 1899 S. 96 Nr. 32.

[3]) Kohler S. 180.

Sache fordern; aber der Anspruch ist nur ein obligatorischer, gewährt daher im Konkurse des Dritten nur eine gewöhnliche Konkursforderung.

§ 16.

c) Das Verhältnis der Ersatzaussonderung zu den Ansprüchen des bürgerlichen Rechts.

Der Anspruch des § 46 ist ein rein konkursrechtlicher, andere als die oben angegebenen Voraussetzungen werden nicht erfordert. Insbesondere ist er völlig unabhängig vom bürgerlichen Rechte; es kommt nicht darauf an, ob auch das bürgerliche Recht in jedem Falle dem Berechtigten einen Anspruch auf die Gegenleistung gewähren würde. Die abweichende Ansicht Kohlers (Lehrb. S. 181), daß § 46 nur den vom bürgerlichen Recht gewährten Anspruch verstärken solle, läßt sich aus dem Gesetze in keiner Weise rechtfertigen und steht mit den Motiven (S. 185) in direktem Widerspruch. Auch die Behauptung Oetkers,[1]) der Anspruch aus § 46 sei condictio sine causa, wenn der Gemeinschuldner veräußert, und actio negotiorum gestorum, wenn es der Verwalter getan hätte, ist unzutreffend. Auch wenn der Gemeinschuldner veräußert, kann eine unbeauftragte Geschäftsführung vorliegen, ebenso aber eine Reihe anderer Ansprüche: Auftrag, unerlaubte Handlung usw. Und dieselben Arten von Ansprüchen sind bei der Veräußerung durch den Verwalter möglich; der Anspruch aus § 46 läßt sich nicht unter das zivilrechtliche Schema bringen. Es ist auch gleichgültig, in welcher Art die Veräußerung geschah, ob freiwillig oder im Wege der Zwangsvollstreckung, ob rechtmäßig oder unrechtmäßig. Ebenso bleibt außer Betracht, ob das veräußerte Recht wirklich auf den Erwerber übergegangen ist, ob er also Eigentümer, Pfandgläubiger, Nießbraucher usw. geworden ist; notwendig ist nur, daß die Handlungen, die zur Bestellung oder Übertragung des Rechts erforderlich sind, vorgenommen waren. Solange nur die obligatorische Verpflichtung zur Vornahme dieser Handlungen besteht, ist die Ver-

---

[1]) Zeitschr. S. 77; ähnlich Mandry S. 336, der in beiden nebengenannten Fällen den Anspruch als condictio sine causa konstruiert.

äußerung noch nicht bewirkt und die Sache selbst kann ausgesondert werden.

Der Anspruch des § 46 ist auch unabhängig davon, ob neben ihm noch zivilrechtliche Ansprüche bestehen, also etwa der Herausgabeanspruch, der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung oder unerlaubter Handlung oder ein anderer Ersatzanspruch. Dies ist insbesondere dann wichtig und bemerkenswert, wenn dem Berechtigten noch die rei vindicatio zusteht: auch in diesem Fall soll der Eigentümer berechtigt sein, Abtretung des Veräußerungspreises zu verlangen. Diese Bestimmung ist auch nicht unbillig; denn wenn z. B. der Erwerber mit der Sache flüchtig wird oder in Zahlungsunfähigkeit gerät und die Sache sich nicht mehr in der Masse befindet, so erhält der Eigentümer wenigstens einen gewissen Werterſatz und die Konkursgläubiger haben keinen Anlaß, sich zu beklagen, da sie ein Recht auf die Gegenleistung nicht haben. Selbstverständlich aber kann der Eigentümer, der seine Sache wiedererlangt hat, nicht den Anspruch aus § 46 erheben,[1] und ebenso müßte er, wenn er nachträglich dieselbe wieder erhält, die ausgesonderte Gegenleistung an die Masse zurückerstatten.[2] Ob neben § 46 weitergehende Ansprüche gegen die Masse gegeben sind, richtet sich nach dem bürgerlichen Rechte; in Betracht kommt hier besonders die Ersatzpflicht aus unerlaubter Handlung oder aus einem zwischen Aussonderndem und Gemeinschuldner geschlossenen Vertrage. Sie werden durch den Anspruch des § 46 nicht berührt, d. h. sie können neben diesem geltend gemacht werden, aber nur als Konkursforderungen (oder als Masseansprüche, wenn der Verwalter veräußert hatte).

§ 17.

Anspruch des Kommittenten auf Aussonderung im Konkurse des Kommissionärs.

Ähnlich der eben besprochenen Aussonderung aus § 46 ist eine andere, die nicht in der Konkursordnung, sondern im Handelsgesetz-

[1]) Seuffert S. 99 A. 28; Jäger § 46 A. 20.

[2]) Unzutreffend ist demnach die Behauptung Endemanns (S. 347): „... bleibt das Recht auf die Gegenleistung ausgeschlossen, soweit der Aussonderungsberechtigte in der Lage ist, die Herausgabe des Gegenstands von dem Dritten durchzusetzen."

buche geregelt ist, nämlich die Aussonderung, die dem Kommittenten an den Forderungen des Kommissionärs in dessen Konkurse zusteht. § 392 Abs. 2 HGB. bestimmt:

> Forderungen aus einem Geschäfte, das der Kommissionär abgeschlossen hat, kann der Kommittent dem Schuldner gegenüber erst nach der Abtretung geltend machen. Jedoch gelten solche Forderungen, auch wenn sie nicht abgetreten sind, im Verhältnisse zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten.

Hier ist also die Streitfrage, die sich bei § 46 KO. bezüglich der juristischen Natur ergeben hatte, abgeschnitten durch die positive Bestimmung, daß die Forderungen im Verhältnis von Kommissionär und Kommittenten diesem zustehen; daher gewährt § 392 ein Aussonderungsrecht. Der Zweck der Vorschrift ist, den Kommittenten gegenüber der Zwangsvollstreckung der Gläubiger des Kommissionärs und im Konkurse desselben sicherzustellen. Das ist deshalb nötig, weil der Kommissionär die Geschäfte im eigenen Namen abschließt und infolgedessen Forderungen und eingekaufte Waren zunächst ihm zustehen, während wirtschaftlich der Kommittent der Berechtigte ist.

1. Ist der Kommissionär beauftragt, eine Sache zu verkaufen, so steht zunächst das Eigentum dem Kommittenten so lange zu, als nicht der Kommissionär den Verkauf abgeschlossen und die Sache zu Eigentum übertragen hat. Fällt also der Kommissionär in dieser Zeit in Konkurs, so hat der Kommittent ein Aussonderungsrecht kraft Eigentums. Ist das Kommissionsgut gegen eine Gegenleistung verkauft, so kann diese, solange sie aussteht, nach § 392 Abs. 2 HGB. wie nach § 46 Satz 1 KO. ausgesondert werden; ist aber der Kaufpreis schon eingezogen, so versagt § 392, der sich ausdrücklich nur auf ausstehende Forderungen bezieht. Dagegen greift in diesem Falle § 46 ein, denn § 46 gibt, über § 392 Abs. 2 hinausgehend, ein Aussonderungsrecht auch dann, wenn die Gegenleistung eingezogen ist; nur muß dies (§ 46 Satz 2) nach der Konkurseröffnung geschehen sein. Der Kommittent könnte also auch die vom Konkursverwalter eingezogene Gegenleistung, den Kaufpreis, aussondern, sofern dieser sich nur unterscheidbar in der Masse befindet. Ist dies nicht der Fall, der Kaufpreis aber nach der Konkurseröffnung eingezogen, so besteht jedenfalls ein Masseanspruch. Hat der Verkaufskommissionär von dem ihm zustehenden Rechte des Selbst-

eintritts (§ 400 HGB.) Gebrauch gemacht, so wird, wenn er das Kommissionsgut in seinem Besitze hatte, das Eigentum auf ihn übergegangen sein[1]) (§ 929 Satz 2 BGB.) und der Kommittent wird sich mit einer Konkursforderung begnügen müssen. Ist hinsichtlich der Ware noch kein Geschäft abgeschlossen, so hat der Konkursverwalter, da der Kommissionsvertrag durch den Konkurs nicht berührt wird, das Recht, in den Vertrag einzutreten und Erfüllung vom Kommittenten zu verlangen. Für diesen ergibt sich dann ein Masseanspruch nach § 59 Nr. 2 KO.

2. Bei der Einkaufskommission ergeben sich Aussonderungsansprüche des Kommittenten erst dann, wenn der Kommissionär den Einkauf abgeschlossen hat. Steht die Lieferung der Ware noch aus, so kann der Kommittent nach § 392 Abs. 2 den Anspruch auf Lieferung aussondern. Ist bereits geliefert worden, so kommt es auf den Zeitpunkt der Lieferung an. Geschah diese nach der Konkurseröffnung, so hat der Verwalter, da nach § 392 Abs. 2 die Forderung auf Lieferung im Verhältnis zum Kommittenten als eine fremde anzusehen ist, eine fremde Forderung eingezogen. In diesem Falle kann nach dem oben Ausgeführten der Kommittent Aussonderung der Gegenleistung, also hier der Ware, verlangen[2]) (§ 46 Satz 2). Wurde dagegen vor der Konkurseröffnung geliefert, so entfällt die Aussonderung, da regelmäßig der Gemeinschuldner dann Eigentümer sein wird.

Doch ist stets genau zu prüfen, wer zur Zeit des Aussonderungsbegehrens Eigentümer ist. Dafür wird nicht immer entscheidend sein, daß sich der Komissionär im Besitze der Ware befindet, denn die Übereignung kann auch durch constitutum possessorium (§ 930 BGB.) geschehen sein, und beim Einkauf von Wertpapieren geht das Eigentum an den Stücken schon mit der Absendung des Stückeverzeichnisses auf den Kommittenten über[3]) (§ 7 des Depotgesetzes). Hat der Kommissionär das Geschäft durch Selbsteintritt erfüllt, so findet eine Aussonderung nur statt, wenn auf eine der eben genannten Arten das Eigentum übergegangen ist.

Aus dem Vorangehenden ergibt sich also: eine Erweiterung der Aussonderung durch die Bestimmung des § 392 Abs. 2 HGB. tritt nur

---

[1]) Sarwey § 43 A. 8 III, 1.

[2]) Jäger § 43, 27.

[3]) vgl. auch Jäger § 43 A. 27.

insoweit ein, als der Kommittent im Konkurse des Einkaufskommissionärs die Forderung auf ausstehende Waren und die Waren selbst, wenn sie nach der Konkurseröffnung zur Masse gezogen sind, aussondern kann. Für die Verkaufskommission ergaben sich die einzelnen Aussonderungsfälle schon aus § 46.

§ 18.

Einschränkung der Aussonderung. Anspruch der Ehefrau.

a) Die einzelnen Bestandteile des Anspruchs.

§ 45 KO. enthält folgende Bestimmung:

> Die Ehefrau des Gemeinschuldners kann Gegenstände, welche sie während der Ehe erworben hat, nur in Anspruch nehmen, wenn sie beweist, daß dieselben nicht mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben sind.

In dieser Vorschrift sind zwei Bestandteile zu scheiden: I. der Rechtssatz, daß die Ehefrau ihr gehörige Gegenstände nicht aussondern kann, wenn der Erwerb während der Ehe mit Mitteln des Mannes erfolgt ist; II. die Vermutung, daß der Erwerb in dieser Weise erfolgt ist.

I. Der Rechtssatz erhält durch die Motive (S. 175) folgende Begründung. Die Konkursordnung will das vielfach bestehende Vorrecht der Ehefrau im Konkurse des Ehemanns abschaffen, sie stellt die Ehefrau grundsätzlich allen anderen Gläubigern gleich, die Ehefrau soll alles, was ihr gehört, aussondern können. Hierin liegt aber eine Gefahr für die Gläubiger;[1] denn welches eheliche Güterrecht auch gelten möge, es liegt in der Natur der ehelichen Gemeinschaft, daß die Güter der Eheleute miteinander vermischt werden und nach außen schwer erkennbar ist, wie weit die vorhandenen Gegenstände dem einen oder dem anderen Ehegatten gehören. Auch ist es für die Ehegatten leicht, Schiebungen vorzunehmen, das Vermögen des anderen zu seinen Geschäftszwecken zu brauchen und ähnliche Geschäfte vorzunehmen, die

---

[1]) Mot. S. 177.

geeignet sind, auch vorsichtige Gläubiger zu täuschen. Daher bedürfen die Gläubiger eines Schutzes und das Gesetz stellt deshalb den Rechtssatz auf, daß alle Gegenstände, die die Frau während der Ehe mit Mitteln des Ehemannes erwirbt, zur Masse gehören. Dadurch soll verhindert werden, daß der Ehemann sein Vermögen, um es dem Zugriff der Gläubiger zu entziehen, ganz oder teilweise dazu verwendet, Erwerbungen für die Ehefrau zu machen.[1])

Die Bedingungen, unter welchen § 45 Anwendung findet, sind folgende:

1. Zunächst ist erforderlich, daß die Gegenstände, die die Ehefrau in Anspruch nimmt, ihr nach bürgerlichem Rechte gehören. Der Gegenstand wird also zu einer der Gütermassen gehören müssen, die der Ehefrau allein zustehen. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch[2]) ist dies beim gesetzlichen Güterstande und der Gütertrennung das gesamte Vermögen der Frau; denn bei diesen Güterständen findet infolge der Eheschließung eine Veränderung in den Eigentumsverhältnissen nicht statt. Es ist also für die Aussonderung bei gesetzlichem Güterstande Zugehörigkeit zum eingebrachten Gut oder Vorbehaltsgut, bei der Gütertrennung zum Frauengut überhaupt erforderlich. Wo dagegen eine Gemeinschaft bezüglich des Vermögens besteht, wie bei der allgemeinen Gütergemeinschaft, der Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft, da fällt kraft positiver Bestimmung der KO. (§ 2) das Gesamtgut stets in die Konkursmasse des Ehemanns und die Frau kann nicht den ihr an den einzelnen Gegenständen zustehenden Anteil verlangen. Doch gibt es auch bei diesen Gemeinschaften gewisse Vermögensteile, die der Frau allein zustehen: bei der allgemeinen Gütergemeinschaft sind es die Gegenstände, die nicht durch Rechtsgeschäft übertragen werden können (§ 1439 BGB.), das sogen. Sondergut, und das Vorbehaltsgut, bei der Errungenschafts- und der Fahrnisgemeinschaft das

---

[1]) Fitting § 22 A. 27.

[2]) Die Güterstände, die vor dem 1. 1. 1900 in Deutschland galten, können hier außer Betracht bleiben. Sie sind zwar durch EG. Art. 200 aufrechterhalten, tatsächlich haben aber alle Bundesstaaten mit Ausnahme von Württemberg und Lippe die alten Güterstände in die des BGB. übergeleitet, und zwar zum Teil (z. B. Preußen) in der Weise, daß nicht nur an Stelle des bisherigen gesetzlichen, sondern auch des bisherigen vertraglichen Güterstands der entsprechende neue getreten ist.

eingebrachte Gut (§§ 1520—24 bezw. 1551—54) und das Vorbehaltsgut (§§ 1526 bezw. 1549 in Verbindung mit 1440 BGB.). Zu einer dieser Vermögensmassen muß also der Gegenstand gehören, dessen Aussonderung begehrt wird.

2. In das Anwendungsgebiet des § 45 KO. fallen nur solche Gegenstände, welche die Ehefrau selbst während der Ehe erworben hat, d. h. der Erwerb muß auf ein Rechtsgeschäft während der Ehe zurückgehen, bei dem sie Kontrahentin gewesen ist.[1] Hat sie vor Eingehung der Ehe oder durch ein Rechtsgeschäft des Mannes Eigentum erworben, so finden auf einen solchen Erwerb nicht die Bestimmungen des § 45, sondern die allgemeinen Regeln über Aussonderung Anwendung. Ein solcher Erwerb liegt z. B. im Falle des § 1382 BGB. vor, wenn der Mann Haushaltungsgegenstände an Stelle der von der Frau eingebrachten, nicht mehr vorhandenen oder wertlos gewordenen Stücke anschafft. Diese Stücke fallen ins eingebrachte Gut, also ins Eigentum der Frau, ohne daß sie ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hat.

Durch diese Auslegung des § 45 kommt man über die Schwierigkeit, die sich sonst aus dem Verhältnis von § 45 KO. und § 1382 BGB. ergibt, hinweg. Es ist nämlich bestritten, ob auch die Aussonderung der in § 1382 genannten Gegenstände der Beschränkung des § 45 unterliegt. Die Frage wird von der einen Seite[2]) bejaht, dagegen wird von der anderen behauptet — und dies war auch die Ansicht der Reichstagskommission (Prot. zum BGB. IV S. 191) —,[3]) daß § 45 nicht Anwendung finde, weil für den Mann zwar nicht eine klagbare, wohl aber eine natürliche Verbindlichkeit zur Anschaffung der in § 1382 genannten Gegenstände bestehe. Auf dem oben bezeichneten Wege kommt man ohne Erörterung dieser Streitfrage zu der wünschenswerten Entscheidung durch einfache Auslegung des § 45. Aus dem genannten Grundsatz ergibt sich weiter, daß auch bei Verträgen des Mannes mit Dritten zugunsten der Frau, bei denen die Frau ein eigenes Recht auf die Leistung erwirbt (§ 330, vgl. auch § 328 BGB.), § 45 KO. nicht Anwendung findet.[4])

---

[1]) Jäger § 45 A. 10; Petersen-Kleinfeller § 45 A. 3.

[2]) Thiele, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 91 S. 68; Schmidt-Habicht § 1382 A. 4; Staudinger § 1382 A. 5. Anscheinend auch Sarwey § 45 A. 2.

[3]) Planck § 1382 A. 4; Wilmowski § 45 A. 5; Schröder S. 23.

[4]) Jäger § 45 A. 10.

Es genügt aber nicht, daß die Frau am Geschäft beteiligt ist, auch die Person des Gegenkontrahenten ist insofern bestimmt, als es nicht der Ehemann sein darf. Denn was vom Gemeinschuldner erworben ist, ist nicht mit seinen Mitteln erworben. § 45 gibt dem Verwalter kein Recht, Gegenstände, die der Frau durch Rechtsgeschäft der Ehegatten übertragen sind, für die Masse in Anspruch zu nehmen, sondern betrifft nur solche Gegenstände, die aus Geschäften der Ehefrau mit Dritten herrühren.[1]) Danach scheiden aus dem Anwendungsgebiet des § 45 insbesondere die Schenkungen und sonstigen Zuwendungen des Mannes an die Frau aus. Wenn die Frau auf diesem Wege etwas erwirbt, so sind es nach der Erfüllung des Geschäfts nicht mehr Mittel des Mannes, sondern durch die Übertragung Mittel der Frau geworden; und was sie mit diesen weiterhin erwirbt, nimmt sie mit Recht im Konkurse des Ehemannes in Anspruch. Eine andere Frage, die davon zu trennen ist, ist die, ob das der Eigentumsübertragung zugrunde liegende Geschäft zwischen den Eheleuten anfechtbar ist. Hier kommen die Vorschriften des § 31 Nr. 2 und § 32 Nr. 2 KO. zur Anwendung und gewähren gerade gegenüber der Ehefrau eine erleichterte Anfechtung. Ist aber die Anfechtung nicht möglich, ist also das Eigentum gültig übertragen, so haben wir es von diesem Augenblicke an mit Vermögen der Frau zu tun und der mit diesen Mitteln erzielte Erwerb ist ihr aus der Masse herauszugeben.

3. Gegenstände, die zu den oben genannten Gütermassen gehören, dürfen, wenn die Aussonderung statthaben soll, von der Ehefrau nicht mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben sein. Der Begriff „Mittel des Gemeinschuldners“ ist kein juristischer, sondern ein wirtschaftlicher.[2]) Was darunter zu verstehen ist, wird nach dem einzelnen Fall zu entscheiden sein.

Im allgemeinen ist der Erwerb dann mit Mitteln des Gemeinschuldners geschehen, wenn eine Verringerung des gemeinschuldnerischen Vermögens und eine Vermehrung des Vermögens der Ehefrau im Verhältnis von Ursache und Wirkung steht, die Mittel werden also immer einen Vermögenswert darstellen müssen. Danach kann es zweifelhaft

---

[1]) RG. Bd. 14 S. 21; Jäger § 45 A. 11; Petersen-Kleinfeller § 45 A. 4; Sarwey § 45 A, 7; Wilmowski § 45 A. 11; Wolff § 45 A. 6.; Sydow-Busch § 45 A. 2; Mandry § 28 A. 7; Prot. z. KO. S. 37/38.

[2]) Jäger § 45 A. 7.

sein, ob auch die persönliche Tätigkeit des Ehemanns unter die „Mittel" gehört, d. h. ob das, was die Frau infolge der Tätigkeit des Gemeinschuldnerehemanns vom Dritten, dem der Mann die Dienste leistet, durch Rechtsgeschäft erwirbt, der Aussonderung unterliegt. Dies wird zu verneinen sein, wenn der Ehemann in der Regel für solche Dienste eine Vergütung oder Entschädigung erhält und diese infolge der Zuwendung des Dritten an die Ehefrau unterbleibt. Trifft die genannte Voraussetzung nicht zu, so wird die Aussonderung durchgreifen, denn der Mann hat nichts von seinem Vermögen aufgegeben und auch nicht unterlassen, sein Vermögen zu vermehren. Damit stimmt im ganzen auch die Ansicht Sarweys (§ 45 A. 7, II) überein, der unterscheiden will, ob der vom Dritten der Frau zugewendete Gegenstand einfache Gegenleistung oder Schenkung ist. Denn die Zuwendung des Dritten an die Ehefrau wird eine Gegenleistung dann vorstellen, wenn die Leistung des Gemeinschuldnerehemanns als geldwerte Leistung anzusehen ist, im entgegengesetzten Falle eine Schenkung.

Nicht mit Mitteln des Mannes angeschafft sind ferner Gegenstände, zu deren Erwerb die Frau Mittel verwandt hat, die der Mann ihr schuldete. Denn durch Tilgung seiner Schulden ist das Vermögen des Ehemanns nicht verringert worden, eine Vermögensverschiebung auf Kosten des Ehemanns also nicht eingetreten. Hat dagegen der Gemeinschuldner seiner Ehefrau die Mittel zum Zwecke der Anschaffung der jetzt begehrten Gegenstände gegeben oder die von der Frau erworbenen mit seinen Mitteln bezahlt, ohne ihr etwas schuldig zu sein, so wird die Aussonderung nach § 45 unzulässig sein. Andrerseits können wieder Gegenstände, die die Ehefrau mit einem ihr von dem Gemeinschuldner gewährten Darlehen erworben hat, ausgesondert werden,[1]) denn die dargeliehenen Sachen sind ins Eigentum der Frau übergegangen, die Anschaffungen also mit Mitteln der Frau erfolgt. Diese Beispiele zeigen, daß wir durch § 45 gezwungen sind, Fälle, die wirtschaftlich gleich liegen, verschieden zu entscheiden, wenn formell das Eigentum an den Mitteln auf die Ehefrau übergegangen ist.

Ist der auszusondernde Gegenstand nur teilweise mit Mitteln des Mannes angeschafft, so ist zu unterscheiden, ob er teilbar oder unteilbar ist. Im ersteren Falle wird die Sache in reelle Teile geteilt, ent-

---

[1]) Jäger § 45 A. 11; a. M. Fitting § 22 A. 27.

sprechend der Quote, die jeder Ehegatte zu den Mitteln beigetragen hat, und die Frau kann den auf sie entfallenden Anteil aussondern. Über die Behandlung unteilbarer Gegenstände gehen die Ansichten auseinander. Doch spricht sich die überwiegende Mehrheit dahin aus,[1]) daß die Frau einen ideellen Eigentumsanteil aussondern kann, der ihrer Quote entspricht. Ferner kann sie die Auseinandersetzung außerhalb des Konkursverfahrens verlangen (§ 16 KO.). Die Ansicht Dernburgs (preuß. PrivR. III § 26 A. 7), daß der Gegenstand dem zufallen solle, von dem die größere Quote herrühre, kann nicht als richtig anerkannt werden. Das Gesetz gestattet der Frau die Aussonderung des ganzen Gegenstandes nur dann, wenn die gesamten Anschaffungsmittel von ihr stammen; daher kann nach der Fassung des Gesetzes nicht schon der größere Teil genügen. Auch würde dies zu unbilligen Ergebnissen führen, da stets der eine Teil zurückgesetzt würde.

Dagegen will Wilmowski (§ 45 A. 12) bei teilbaren wie bei unteilbaren Gegenständen die Aussonderung verwehren, wenn auch nur ein Teil der Mittel vom Gemeinschuldner stammt, weil die Frau dann den Beweis schuldig geblieben sei, daß der Gegenstand nicht mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben worden sei; wegen der rechtlosen Bereicherung der Masse könne sie eine Masseforderung geltend machen. Diese Auffassung erscheint in ihrem ersten Teil zu formalistisch und kann jedenfalls mit dem Sinne des Gesetzes nicht in Übereinstimmung gebracht werden. Soweit Mittel der Frau verwendet sind, soweit ist ihr der Beweis des § 45 gelungen, und soweit muß man ihr die Aussonderung gestatten. In ihrem zweiten Teil aber (bezüglich der Masseforderung) ist Wilmowskis Ansicht direkt unrichtig. Denn wenn seine Ansicht über die Bedeutung des § 45 zuträfe, so ginge daraus hervor, daß der Gegenstand im ganzen zur Masse gehörte, und zwar von der Konkurseröffnung an; in diesem Falle kann aber nach der früheren Erörterung von „rechtloser Bereicherung der Masse", daher von einer Masseforderung, keine Rede sein.

---

[1]) Jäger § 45 A. 8; v. Buchka S. 85; Endemann S. 358; Mandry § 28 A. 7; Seuffert S. 99; Wolff § 45 A. 5; Sarwey § 45 A. 7, 3; Petersen-Kleinfeller § 45 A. 5; Völderndorff § 37 IV (da das BGB. Miteigentum zu ideellen Anteilen kennt, kann er hier genannt werden); Schmidt-Habicht § 1362 A. 4.

Es ergibt sich also, daß die Ehefrau die zu ihrem Gute gehörigen Gegenstände, soweit sie mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben sind, nicht aussondern kann, weil sie nach dem Rechtssatz des § 45 zur Masse gehören. Nach dem Zweck der gesetzlichen Bestimmung muß aber die Frau das Recht haben, durch Erstattung der vom Gemeinschuldner gegebenen Mittel an die Masse die Sachen auszulösen; denn dann sind die Gläubiger des Mannes nicht mehr geschädigt. Über die Zulässigkeit dieser Auslösung besteht Einigkeit,[1]) doch wird gegenüber der herrschenden Meinung von Jäger (§ 45 A. 7) und Fitting (§ 22 A. 27) behauptet, die Auslösung könne auch noch nach der Konkurseröffnung stattfinden. Aus allgemeinen Erwägungen heraus könnte man es allerdings für gleichgültig erachten, ob die Auslösung vor oder nach der Konkurseröffnung erfolgt. Aber nach dem Gesetze muß die Zulässigkeit des letzteren verneint werden. Ein Gegenstand, der mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben ist, gehört nach § 45 zur Masse. An Massegegenständen aber kann gemäß § 15 KO. nach der Konkurseröffnung nicht mehr ein Aussonderungsrecht mit Wirkung gegen die Konkursgläubiger erworben werden. Daß in Wirklichkeit die Ehefrau Eigentümerin ist,[2]) muß infolge der ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes außer Betracht bleiben.

II. Der Rechtssatz des § 45 und die ihm beigegebene Begründung der Motive läßt an sich die Frage offen, welcher von den Ehegatten zu beweisen hat, ob ein von der Frau in stehender Ehe vollzogener Vermögenserwerb mit Mitteln des Ehemanns erfolgt ist. Das Gesetz entscheidet sich ausdrücklich dahin, daß es der Frau den Beweis auferlegt, indem es eine Vermutung dafür aufstellt, daß die Gegenstände mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben seien. Diese Vermutung lehnt sich eng an die praesumtio Muciana an und hat das gleiche gesetzgeberische Motiv, die Begünstigung des Mannes kraft seiner Stellung in der Ehe, zur Grundlage, unterscheidet sich aber von ihr (abgesehen von ihrer Beschränkung auf das Konkursverfahren) grundsätzlich darin, daß sie nicht eine Vermutung für das Eigentum des Mannes (diese Funktion erfüllt zum Teil § 1362 BGB.), sondern für den Erwerb mit Mitteln des Mannes aufstellt. Sie geht darin weit

---

[1]) Wilmowski § 45 A. 10; Wolff § 45 A. 6; Sarwey § 45 A. 7, 5; Mandry § 28 A. 7.

[2]) Jäger § 45 A. 7.

über das römische Recht hinaus, weil die Ehefrau vorher schon den Beweis ihres Eigentums erbracht haben muß.

§ 19.

b) Die Bedeutung des § 45 für die Rechtsnachfolger der Ehefrau.

I. Wenn die Frau ihr gehörige Gegenstände nicht aussondern kann, sobald sie mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben sind, so sind auch ihre Universalrechtsnachfolger an diese Beschränkung gebunden; denn diese übernehmen das Vermögen ihres Auktors mit allen Beschränkungen.[1])

Anders bei den Sondernachfolgern. Hat jemand vor der Konkurseröffnung den Gegenstand von der Frau erworben, so findet § 45 auf ihn keine Anwendung. Für die Zeit vor der Konkurseröffnung ist es durchaus gleichgültig, mit wessen Mitteln der Gegenstand erworben ist; die Frau ist Eigentümerin und kann den Gegenstand, abgesehen von den Beschränkungen des Güterrechts, frei veräußern. Der Erwerber ist jedem anderen Eigentümer gleich zu achten und hat wie dieser nur den Beweis seines Eigentums zu führen.

Bei der Veräußerung nach der Konkurseröffnung kann an beweglichen Sachen, die mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben sind, kein Eigentum oder sonstiges Recht erlangt werden (§ 15 Satz 1 KO.). Geht aber der Gegenstand in die dritte Hand weiter, so kommen die allgemeinen Regeln zur Anwendung, jeder Rechtserwerb ist möglich.[2]) Dagegen kann bei unbeweglichen Sachen in den Fällen der §§ 892, 893, 1260 Abs. 1 BGB. (§ 15 Satz 2 KO.) schon in der zweiten Hand ein Rechtserwerb stattfinden. Es kommt nur darauf an, ob der Erwerber im guten Glauben war, d. h. ob er wußte oder wissen mußte, daß der Gegenstand mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben war und daher zur Masse gehörte. War er gutgläubig, so hat er ein, wenn auch anfechtbares (§ 42 KO.) Recht erworben (§ 15 Satz 2 KO.).

---

[1]) Wilmowski § 45 A. 9; Jäger § 45 A. 15; Wolff § 45 A. 4; Petersen-Kleinfeller § 45 A. 2.

[2]) Jäger § 15 A. 44; Petersen-Kleinfeller § 15 A. 3; Wilmowski § 15 A. 9.

Es ist also zur Rückerstattung an die Masse verpflichtet, wer in den Fällen des § 15 Satz 2 KO. schlechtgläubig war oder auch gutgläubig von der Frau selbst eine mit Mitteln des Gemeinschuldners erlangte bewegliche Sache erworben hat. In den anderen Fällen ist der Berechtigte geschützt, es sei denn, daß er die Sache unentgeltlich erlangt hat; denn dann trifft ihn nach § 816 BGB. die gleiche Verpflichtung zur Herausgabe wie seinen Rechtsvorgänger.[1])

II. Soweit über die Bedeutung des Rechtssatzes des § 45 für die Rechtsnachfolger. Bezüglich der Vermutung und der daraus entspringenden Beweisverteilung gilt folgendes. Die Universalrechtsnachfolger sind auch hier der Ehefrau gleich zu behandeln, haben also ihrerseits den Beweis zu erbringen, daß nicht Mittel des Ehemanns verwendet sind. Für die Entscheidung der Frage in den übrigen Fällen ist einmal zu beachten, daß die Vermutung aus besonderen Gründen nur zuungunsten der Ehefrau aufgestellt ist, daher nicht ohne weiteres auf ihre Sondernachfolger Anwendung finden kann. Ferner ist folgendes zu berücksichtigen. Der Berechtigte begründet seinen Anspruch damit, daß die Sache ihm von der Ehefrau oder bei beweglichen Sachen von einem Dritten zu Eigentum übertragen sei. Sind diese Tatsachen richtig, so ist er Eigentümer geworden, wenn nicht der Verwalter Bösgläubigkeit einwendet. Der Beweis für die Bösgläubigkeit, also dafür, daß der Erwerber um die Herkunft der Erwerbsmittel bei der Ehefrau gewußt hat oder hätte wissen müssen, obliegt aber nach dem Satze: „quisquis bonus praesumitur" dem Verwalter. Dieser wird ihn jedoch nur dann führen können, wenn vorher die Tatsache feststeht, deren Kenntnis der Berechtigte gehabt haben soll, und diese Voraussetzung seiner Behauptung muß der Verwalter ebenfalls dartun. Wenn dagegen Wolff (§ 45 A. 4) meint, der Erwerber trete in die Rechtslage seines Auktors ein und könne nicht mehr Rechte haben als dieser, so muß ein solcher Satz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch durchaus zurückgewiesen werden. Wer gutgläubig ist, erlangt gerade nach §§ 892, 929—932, 936, 1207, 1208 usw. BGB. Eigentum oder sonstige Rechte und erlangt sie frei von Beschränkungen (§§ 936, 892 BGB.), durchaus unabhängig davon, ob sein Auktor berechtigt ist oder nicht. So muß man auch annehmen, daß der gutgläubige Sondernachfolger

[1]) Wolff § 45 A. 4.

das Recht an dem Gegenstand frei von der Belastung mit dem Beweise des § 45 erwirbt.

Diese Beweislastverteilung ist auch nicht ungerecht. Wenn für die Belastung der Ehefrau mit dem Beweise des § 45 angeführt wird,[1]) daß dem Konkursverwalter ein „Zurückgehen in der Reihe der Erwerbsgeschäfte" nicht zugemutet werden könne, daß er gar nicht imstande sei, diese aufzudecken, weil sie ihm unbekannt seien, während die Ehefrau diese kenne, so läßt sich dieses Argument hier nicht verwerten. Denn dem Erwerber sind die dem Erwerb voraufgegangenen Geschäfte ebenso unbekannt, wie dem Verwalter; daher ist es berechtigt, wenn die allgemeinen Regeln über Beweislast eintreten. Diese aber führen zu dem angegebenen Ergebnis.

§ 20.

c) Beweislast für die Frage, ob ein Gegenstand während der Ehe erworben ist.

Die Vorschrift des § 45 gilt nur für solche Gegenstände, die während der Ehe erworben sind; es fallen also die Gegenstände fort, welche die Frau in die Ehe eingebracht, und die, welche sie nach Auflösung der Ehe erworben hat. Den Beweis dafür, daß der streitige Gegenstand während der Ehe erworben ist, muß der Konkursverwalter führen; denn diese Tatsache gehört zur Voraussetzung der Vermutung.

1. Hier ist zu untersuchen, ob nicht neben § 45 KO. die Vorschriften des § 1362 BGB. eine Bedeutung für die Beweislast haben. Nach § 1362 Abs. 1 BGB.[2]) streitet nämlich bei den im Besitz eines der Ehegatten oder beider Ehegatten befindlichen Sachen[3]) zugunsten der Gläubiger des Mannes eine Vermutung dafür, daß sie ohne Rücksicht auf die Zeit des Erwerbs dem Manne gehören.

---

[1]) Mot. S. 181.

[2]) Fischer-Henle § 1362 A. 3; Planck § 1362 A. 1.

[3]) Die Vermutung, daß der Besitzer Eigentümer sei (§ 1006 BGB.), wird in diesem Falle durch die speziellere Vermutung des § 1362 A. 1 verdrängt (Hedemann S. 333; Landsberg Bd. 2 S. 867; Schröder S. 22 A. 1; Salamonski S. 42).

Ist der Konkursverwalter berechtigt, die nach § 1362 Abs. 1 zugunsten der **Gläubiger** geltende Vermutung gegen die Ehefrau im Aussonderungsprozeß geltend zu machen? Die Beantwortung der Frage steht in nahem Zusammenhang mit der rechtlichen Stellung des Konkursverwalters; trotzdem kann diese äußerst bestrittene Frage unerörtert bleiben. Wer den Verwalter für den Vertreter der einzelnen Gläubiger oder der Gläubigerschaft hält, muß ihm gestatten, die Vermutung für sich anzuführen. Aber auch wer in ihm „ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ für die Durchführung des Zweckes des Konkurses“ (RG. Bd. 29 S. 36) sieht, kommt zu der gleichen Beurteilung. Denn Zweck des Konkurses ist die Verwertung der Masse im Interesse der Gläubiger und zur Wahrnehmung dieser Interessen ist der Verwalter berufen. Zweifelhaft kann nur die Stellung derer sein, denen der Verwalter ganz oder wenigstens in der Hauptsache Vertreter des Gemeinschuldners ist. Es wird behauptet,[1] daß diese die Frage verneinen müßten. Zu Unrecht, denn die Vertreter der eben genannten Theorie sind darin einig, daß die Vertretung des Gemeinschuldners durch den Konkursverwalter nur im Interesse der Gläubiger erfolge,[2] da zu deren Befriedigung das ganze Verfahren überhaupt stattfindet. Dies gilt in verstärktem Grunde gegenüber dem Aussonderungsbegehren. Denn das Interesse der Gläubiger geht natürlich darauf, daß eine möglichst umfangreiche Masse zu ihrer Befriedigung vorhanden ist, und dieses Interesse hat der Konkursverwalter wahrzunehmen.[3] Es würde auch zu merkwürdigen Ergebnissen führen, wenn der einzelne Gläubiger bei der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung die Vermutung für sich anführen könnte, alle Gläubiger aber bei einer Art von Generalvollstreckung, wie es das Konkursverfahren ist, daran verhindert wären. Der Konkurs beschränkt die Gläubiger in der Art, aber nicht im Gegenstand ihrer Befriedigung. Der Konkursverwalter kann sich also jedenfalls auf die Vermutung des § 1362 Abs. 1 berufen.[4] Auch das Reichsgericht[5] ist offenbar derselben

---

[1]) **Salamonski** S. 45.

[2]) **Petersen-Kleinfeller** § 6 A. 13; **Wilmowski** Vorbem. zu § 1, 3e; **Endemann** S. 424; **Schultze** S. 44; **Fuchs** S. 103; Mot. S. 16.

[3]) Recht 1903 S. 108 Nr. 571.

[4]) **Jäger** § 45 A. 5.

[5]) RG. bei Gruchot Bd. 47 S. 910ff.

Ansicht: indem es von einer Erörterung der Frage absieht und die Anwendung des § 1362 Abs. 1 zuläßt, bejaht es die Frage anscheinend selbstverständlich.

Welche Bedeutung hat es nun für § 45 KO., daß § 1362 BGB. die Vermutung aufstellt, bewegliche Sachen gehörten dem Manne (Abs. 1) und die ausschließlich zum persönlichen Gebrauche der Frau bestimmten Sachen gehörten dieser (Abs. 2). Unzutreffend ist die Ansicht, daß § 1362 gegenüber § 45 entbehrlich sei.[1]) § 45 geht wohl als speziellere Regel der allgemeinen des § 1362 vor, schließt diese aber keineswegs aus. Nach § 45 allein hat der Verwalter, wie oben gezeigt, den Beweis zu führen, daß der fragliche Gegenstand während der Ehe erworben ist. Bei dieser Beweislast bleibt es, wenn es sich um unbewegliche Sachen handelt; ebenso wenn der Konkursverwalter zugibt, daß der Aussonderungsgegenstand der Frau gehört und ihn nur deshalb zur Masse ziehen will, weil er mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben ist. Nimmt der Verwalter aber zugleich das Eigentum für den Gemeinschuldner in Anspruch, bestreitet er also das Eigentum der Ehefrau, so wird seine Stellung ungleich günstiger, denn hier greift dann § 1362 Abs. 1 mit der Vermutung ein, daß alle beweglichen Sachen, mögen sie vor oder während der Ehe erworben sein, dem Manne gehören. Damit ist der Verwalter jedes Beweises überhoben und schiebt die gesamte Beweislast auf die Frau. Will diese jetzt mit der Aussonderung durchdringen, so muß sie entweder beweisen, daß sie die Sachen vor Eingehung oder nach Auflösung der Ehe erworben hat, denn in diesem Falle ist es gleichgültig, mit wessen Mitteln die Erwerbung geschah, oder sie widerlegt wenigstens die Vermutung des § 1362 Abs. 1 durch den Beweis, daß sie die Sachen während der Ehe erworben habe, und muß dann noch den Nachweis erbringen, daß Mittel des Gemeinschuldners beim Erwerbe nicht verwandt sind. Dagegen kann die Bestimmung des § 1362 Abs. 2 die Verteilung der Beweislast, wie sie für § 45 allein festgestellt war, nicht ändern;[2]) denn Abs. 2 spricht nur zugunsten der Frau. Wird die Eigenschaft des Streitobjekts als einer zum persönlichen Gebrauch der Frau dienenden Sache festgestellt, so greift die Vermutung des § 1362 Abs. 2 Platz. Will der Konkursverwalter trotzdem die Sache zur Masse

---

[1]) Planck § 1362 A. 2; vgl. RG. Gruchot 47 S. 913 u.

[2]) A. M. Schmidt-Habicht § 1362 A. 4.

ziehen, so muß er nachweisen, daß sie während der Ehe erworben ist; dann hat die Ehefrau den Beweis für die Herkunft der Erwerbsmittel zu führen.[1])

2. Die allgemeinen Beweisregeln werden durch die Bestimmungen für die einzelnen Güterstände beeinflußt. Bei der Verwaltungsgemeinschaft und der Gütertrennung kommen sie allerdings unverändert zur Anwendung; denn § 1362 gilt hier unmittelbar. Anders bei den Gütergemeinschaften. Hier treten die Vermutungen des § 1362 hinter die Gesamtgutsvermutungen zurück. Zwar ist eine ausdrückliche Vermutung, daß die vorhandenen Gegenstände zum Gesamtgut gehören, nur bei der Errungenschaftsgemeinschaft (§ 1527) aufgestellt. Aber im Ergebnis gilt das gleiche auch für die allgemeine Gütergemeinschaft und die Fahrnisgemeinschaft; denn die Behauptung, daß ein Gegenstand nicht zum Gesamtgut gehört, muß als Ausnahme von der Regel[2]) aus den §§ 1439—41 oder 1540—44 bewiesen werden. Nun soll wenigstens die Vermutung des § 1362 A. 2 den §§ 1438 und 1537 vorgehen.[3]) Richtig ist, daß Abs. 2 eine sehr spezielle Vermutung enthält. Aber da sie unter die allgemeinen Vorschriften über die Wirkung der Ehe (§§ 1353—62 BGB.) gestellt ist, so gehen die für die einzelnen Güterstände gegebenen Regeln, wie §§ 1438, 1527 vor. Trotz Zurücktretens des § 1362 bei den Gütergemeinschaften ist die Beweisfrage in einem dem Verwalter günstigen Sinne zu entscheiden. Denn die Gesamtgutsvermutungen gelten für alle Gegenstände ohne Rücksicht darauf, ob sie vor oder während der Ehe erworben sind; sie gelten ferner für unbewegliche wie bewegliche Sachen und unter den letzteren für alle Fälle des § 1362, Abs. 1 wie 2. Da aber das Gesamtgut der Gütergemeinschaft zur Masse gehört, so gehört vermutungsweise alles Vorhandene dorthin. Wenn dann die Ehefrau zum Zwecke der Aussonderung die Zugehörigkeit des verlangten Gegenstandes zu einer ihrer Gütermassen beweist, so wird daraus stets zu

---

[1]) Die Behauptung, die Beweislast bezüglich des Erwerbs ändere sich (v. Buchka S. 86), wenn sich die Frau im Besitz befinde und der Konkursverwalter gezwungen sei, gegen sie zu klagen, kann hier unerörtert bleiben; denn das Aussonderungsrecht beschäftigt sich nur mit den Ansprüchen der Berechtigten gegen den Konkursverwalter, nicht mit solchen des Verwalters auf Herausgabe an die Masse.

[2]) Beckh S. 80 und 246.

[3]) Beckh S. 246.

erkennen sein, ob der Gegenstand vor oder während der Ehe erworben ist. Daher ist die Frage, wer den Erwerb während der Ehe zu beweisen hat, hier gegenstandslos.

§ 21.

Das Verfahren zur Geltendmachung der Aussonderungsansprüche.

Die Aussonderungsansprüche werden gerichtlich oder außergerichtlich geltend gemacht. Bei der zweiten Art kommt das Gericht als Aufsichtsgericht (§ 83 KO.) und als Prozeßgericht in Betracht. Bezüglich der Aufsichtstätigkeit des Gerichts könnte man bei der allgemeinen Fassung des § 83:

> Der Verwalter steht unter der Aufsicht des Konkursgerichts

bei extensiver Interpretation zu der Ansicht kommen, daß das Konkursgericht einen Einfluß auf die Aussonderung ausüben und dem Verwalter in dieser Richtung Anweisung geben könnte.[1]) Da aber diese Vorschrift nach der Angabe der Motive (S. 306—307) nicht dazu dienen sollte, dem Konkursgericht Aufsicht und Einwirkung auf die Verwaltung der Masse zu geben, sondern Pflichtwidrigkeiten des Konkursverwalters zu untersuchen, so wird man sie möglichst eng auslegen und daher die Einwirkung des Konkursgerichts auf die Aussonderung verneinen müssen.[2])

Wirkt das Gericht als Prozeßgericht mit, so gelten für das Verfahren die außerhalb des Konkurses maßgebenden Vorschriften. Was für die materiellen Bedingungen der Aussonderungsansprüche nach § 43 KO. gilt, muß auch für die formellen gelten. Die Klage kann also als Leistungsklage und bei vorliegendem rechtlichen Interesse (§ 256 ZPO.) auch als Feststellungsklage erhoben werden.[3]) Sie ist gegen den Verwalter als den, welcher den Aussonderungsgegenstand in Besitz hat oder in Anspruch nimmt (bei Rechten), zu richten; der An-

---

[1]) Endemann S. 340.

[2]) Wilmowski § 43 A. 7; Sarwey § 43 A. 4; Petersen-Kleinfeller, Vorbem. z. § 43 A. 4; Völderndorff § 35g; OLG. Posen J.W. 1883 S. 123.

[3]) Stieglitz Vorbem. z. § 35C; Jäger § 43 A. 33.

spruch unterliegt allen Einwendungen, die außerhalb des Konkursverfahrens vorgebracht werden können. Der Antrag wird nach dem zugrunde liegenden Rechte auf Herausgabe, Unterlassung von Besitz- und Rechtsstörung, Berichtigung des Grundbuchs, Feststellung des streitigen Rechtsverhältnisses usw. gehen.

Für den Gerichtsstand sind die allgemeinen Regeln der Zivilprozeßordnung entscheidend. Eine ausschließliche Zuständigkeit des Konkursgerichts auf Grund der §§ 766, 771 ZPO. ist nicht vorhanden.[1]) Die analoge Anwendung des § 766 scheitert an der durchaus verschiedenen Stellung des Gerichtsvollziehers und des Konkursverwalters. Außerdem stützt sich die Klage aus § 766 darauf, daß die Verfahrensregeln der Zwangsvollstreckung vom Gerichtsvollzieher nicht beachtet sind, während der Aussonderungsklage das materielle Recht zugrunde liegt, auf Grund dessen der Berechtigte den Gegenstand beansprucht. Die analoge Anwendung des § 771 ist wegen der grundsätzlichen Verschiedenheit von Spezialexekution und Konkursverfahren abzulehnen.[2]) Nach § 43 KO. sollen sich die Aussonderungsansprüche ganz nach den gewöhnlichen Bestimmungen richten und von der Konkursordnung in keiner Weise berührt werden, also auch nicht im prozessualen Verfahren.

Danach können als Gerichtsstände in Betracht kommen: der allgemeine Gerichtsstand des Wohnsitzes, von den besonderen Gerichtsständen der dingliche Gerichtsstand (§ 24 ZPO.) usw., auch der Gerichtsstand des Erfüllungsortes. Letzteres wird vom Reichsgericht[3]) verneint mit der Begründung, daß der Aussonderungsanspruch nicht auf Vertragserfüllung, sondern nur auf Herausgabe gehen könne, daher nicht aus dem Vertrage, sondern aus dem sonstigen Rechte des Berechtigten geklagt werden müsse. Dies kann nicht als richtig anerkannt werden. Gerade in dem vom Reichsgericht entschiedenen Falle ist beim Erlöschen des Auftrags der Beauftragte bezw. dessen Erben zur Herausgabe des vom Auftraggeber Erlangten aus dem Vertrage verpflichtet, diese Herausgabe bildet einen Teil der Vertragserfüllung (§ 667 BGB.). In diesem Falle kann die Herausgabe auch auf Eigentum gestützt werden; in vielen Fällen aber wird sich der Anspruch auf Herausgabe nur auf den Vertrag gründen lassen, nämlich immer dann, wenn der

---

[1]) A. M. Völderndorff I S. 439.

[2]) Sarwey § 43 A. 4; Fitting § 22 A. 2.

[3]) RG. Bd. 31 S. 392ff.; Seuffert S. 90 A. 2.

obligatorisch Berechtigte nicht zugleich Eigentümer ist. Wäre die Ansicht des Reichsgerichts richtig, so würden nur dingliche Ansprüche die Aussonderung rechtfertigen. Das Gesetz hat aber ausdrücklich auch persönliche Ansprüche genügen lassen. Versteht das Reichsgericht aber unter Herausgabe auch die Rückgabe, so kann nicht bestritten werden, daß die Rückgabe zu den vertraglichen Verpflichtungen gehört. Daher muß sie auch im Gerichtsstand des Erfüllungsortes geltend gemacht werden können. Auch eine andere Erwägung spricht gegen die Ansicht des Reichsgerichts: nach § 11 KO. kann ein Rechtsstreit, welcher gegen den Gemeinschuldner anhängig und auf Aussonderung eines Gegenstands aus der Konkursmasse gerichtet ist, sowohl vom Konkursverwalter als vom Gegner aufgenommen werden. Geht man der Ansicht des Reichsgerichts konsequent nach, so müßte man zu dem Ergebnis kommen, daß der Verwalter sich auf eine Klage, die vor der Konkurseröffnung im Gerichtsstand des Erfüllungsortes angestrengt ist, nach der Konkurseröffnung in diesen Gerichtsstand nicht einzulassen brauchte. Dies würde aber mit dem Gesetz in Widerspruch stehen, wir meinen daher, daß sämtliche Gerichtsstände der Zivilprozeßordnung, also auch der des § 29, bei Aussonderungsansprüchen vorkommen können.[1])

[1]) Jäger § 43 A. 33; Wilmowski § 43 A. 7; Wolff § 43 A. 1b; Petersen-Kleinfeller Vorbem. z. § 43, 5; Sarwey § 43 A. 4; Stieglitz Vorbem. z. § 35 B; Mandry S. 337; RG. in Seuff. Arch. Bd. 50 Nr. 70.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Ich, Felix Sieburg, wurde am 2. April 1884 zu Posen als Sohn des Färbereibesitzers Bernhard Sieburg und seiner Ehefrau Helene geb. Wiener geboren und bin preußischer Staatsangehöriger. Ich besuchte das Königl. Friedrich-Wilhelms-Gymnasium in Posen und verließ es Ostern 1902 mit dem Reifezeugnis.

Hierauf studierte ich Rechtswissenschaft an den Universitäten Heidelberg (1 Semester), Berlin (3 Semester) und Breslau (2 Semester).

Am 31. Mai 1905 bestand ich in Breslau die erste juristische Prüfung. Als Referendar wurde ich zunächst dem Amtsgericht Märkisch-Friedland (Westpr.) und am 2. April 1906 dem Landgericht I Berlin zur Ausbildung überwiesen.

Herrn Geheimrat Prof. Dr. Fischer sage ich für den gütigen Rat bei Abfassung dieser Arbeit meinen besten Dank.